

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU***

**MESTRADO: “Constituição e Sociedade”**

**EVALDO DE SOUZA DA SILVA**

**O Novo Cenário do Controle Difuso de Normas no Brasil:  
Prevalência dos Precedentes, Controle de Sentenças e Atos  
Normativos e Obsolescência da Atuação do Senado Federal**

**BRASÍLIA - DF**

**2011**

**EVALDO DE SOUZA DA SILVA**

**O Novo Cenário do Controle Difuso de Normas no Brasil:  
Prevalência dos Precedentes, Controle de Sentenças e Atos  
Normativos e Obsolescência da Atuação do Senado Federal**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional, linha de pesquisa Ciência e Sociedade, no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Professor Gilmar Ferreira Mendes

**BRASÍLIA**

**2011**

**EVALDO DE SOUZA DA SILVA**

**O Novo Cenário do Controle Difuso de Normas no Brasil:  
Prevalência dos Precedentes, Controle de Sentenças e Atos  
Normativos e Obsolescência da Atuação do Senado Federal**

Dissertação apresentada como  
requisito parcial à obtenção do Título  
de Mestre em Direito Constitucional,  
linha de pesquisa Ciência e Sociedade,  
no Curso de Pós-Graduação *Stricto  
Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito  
Público - IDP

Aprovada pelos membros da Banca examinadora em  
\_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, com menção \_\_\_\_\_  
(\_\_\_\_\_).

**Banca Examinadora**

---

Presidente: Professor Gilmar Ferreira Mendes

---

Integrante: Professor

---

Integrante: Professor

**BRASÍLIA**

**2011**

## DEDICATÓRIAS

À memória de minha saudosa Mãe, Judite de Sousa da Silva, qual me ensinou, dentre tantas lições, que a humildade, a perseverança e a capacidade de ouvir e aceitar opiniões contrárias são indispensáveis ao alcance de qualquer objetivo.

À memória do meu Pai, Francisco Pereira da Silva, pelos exemplos de coragem, luta e superação, sobretudo na fase marcada pelo Mal de Al Zaimer, momentos nos quais a sua involuntária ausência se transformou em constante presença e inesquecível lição de que o maior patrimônio do Homem é o Amor.

Aos meus Irmãos Edson e Eduardo: a esse pela oportunidade que me deu de conhecer Brasília e de desenvolver aqui a minha vida profissional e acadêmica; àquele pelo exemplo de bem viver e de encarar as dificuldades como simples desafios a serem superados.

À minha amada Esposa Teresinha, qual soube administrar com altivez e amor as longas horas de tensão que me acompanharam, emprestando-me sempre o apoio e o estímulo fundamentais à conclusão desta Pesquisa.

Aos meus Filhos Cássio, Luísa e Rodrigo pelo incentivo que souberam dispensar-me durante todo o Curso e pelo amor incondicional que sempre me dedicam.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo que me tem ofertado, em especial pela possibilidade que me deu de estudar, de ter Fé e de construir uma Família.

Ao meu Orientador, Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, pelos firmes conselhos, pelas necessárias correções e, sobretudo, pelas e preciosas indicações bibliográficas, sem as quais eu não teria alcançado o final da pesquisa e a conclusão da Dissertação.

Ao Professor Inocêncio Mártires Coelho por ter-me indicado os caminhos necessários para aprofundar a pesquisa realizada e, com isso, fazer-me mudar pré-compreensões tidas como dogmas, os quais limitavam a minha capacidade de raciocínio.

Aos demais Professores do Curso de Mestrado do IDP/DF, os quais tiveram contribuição decisiva para o desenvolvimento da presente Dissertação.

Ao Subprocurador-Geral Miguel Ângelo Farage de Carvalho que, no exercício do cargo de Procurador-Geral do Distrito Federal, teve a visão inusitada e brilhante de ofertar aos integrantes da Carreira de Procurador do Distrito Federal a oportunidade de participarem de um Curso de Especialização em Direito Público totalmente custeado pelo Fundo Pró-jurídico da PG/DF, fato esse que me estimulou a prosseguir as pesquisas lá iniciadas e que culminaram nesta Dissertação.

## RESUMO

O controle difuso de constitucionalidade no Brasil, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sofreu significativas modificações marcadas pela adoção da técnica de prevalência dos precedentes, pela obsolescência da função reservada ao Senado Federal e pela atuação do Supremo Tribunal Federal como controlador de sentenças e atos normativos construídos a partir de interpretações equivocadas da Constituição Federal. A pesquisa realizada nesta Dissertação tem como problema identificar se foi construído um novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil. A resposta a essa indagação está calcada nas seguintes hipóteses: (1) prevalência dos precedentes, (2) controle de sentenças e atos normativos equivocados e (3) obsolescência da atuação do Senado Federal. Foram desenvolvidos 05 (cinco) Capítulos: no primeiro, são estudados os conceitos necessários ao enfrentamento da temática; no segundo, aborda-se a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, desde a Constituição Imperial até a última Carta Política; no terceiro, estuda-se o instituto do precedente judicial; no quarto, são enfrentadas as alterações constitucionais e infraconstitucionais que levaram à formação de um novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil, tais como a súmula impeditiva de recursos, o incidente de argüição de inconstitucionalidade, a repercussão geral e a súmula vinculante, dentre outros; no quinto Capítulo demonstra-se como o Supremo Tribunal acabou assumindo a função de controlador de sentenças e atos normativos e como a função atribuída ao Senado Federal no controle difuso de normas tornou-se obsoleta por conta da sua ineficiência prática e da sua ineficácia social. Demonstrar, enfim, que, mediante alterações constitucionais e infraconstitucionais, foi construído um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil é o objetivo desta pesquisa científica.

**Palavras-chave:** Constituição, constitucionalidade, inconstitucionalidade, cenário, controle, difuso, concreto, precedentes, Senado Federal, ineficiência e ineficácia.

## ABSTRACT

The diffuse control of constitutionality in Brazil, especially after the promulgation of the 1998 Constitution Federal has suffered significant modification marked by the adoption of the precedent prevalence technique, the obsolescence of the function reserved for the Federal Senate and the Supreme Federal Court action as the controller of sentences and normative acts built based in a mistaken interpretation of the Federal Constitution. The research realized in this dissertation comes to identify if a new scene for the diffuse control of norms in Brazil was built. The answer to this question is grounded in the following assumptions: (1) prevalence of the precedents (2) control of the mistaken sentences and normative acts and (3) the obsolescence of the Federal Senate action. Five Chapters were built: in the first, necessary concepts to understand the thematic are studied; the second deals with the evolution of the control of constitutionality in Brazil, since the Imperial Constitution until the last Political Letter; the third deals with the institute of judicial precedent; the fourth faces the constitutional and unconstitutional changes that led to a new scene of the control of diffuse norms in Brazil, such as impeditive decision of summary, the arguere incident of unconstitutionality, the general repercussion, the binding abridgement; other among; the fifth Chapter demonstrates how the Supreme Court ended up assuming the function of controlling sentences and normative acts and how the function imputed to the Federal Senate, in the diffuse control of norms, became obsolete in consequence to its inefficient practice and its social ineffectiveness. Demonstrate, at last, that according to constitutional and unconstitutional changes, a new scene for the diffuse control of constitutionality in Brazil was built, is the objective of this scientific research.

**Word-key:** Constitution, constitutionality, unconstitutionality, scene, control, diffuse, concrete, precedents, Federal Senate, inefficiency and inefficacy.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b>	12
<b>Capítulo 1: Conceitos indispensáveis ao desenvolvimento do Tema: Constituição, Constitucionalidade, Inconstitucionalidade e Fiscalização de Normas</b>	16
1.1. Considerações Preliminares	16
1.2. Conceito de Constituição	16
1.2.1. Classificação quanto ao conteúdo: materialidade e formalidade	17
1.2.2. Classificação quanto à Estabilidade: rigidez, flexibilidade, semirigidez e ultrarigidez	18
1.2.2.1. Mutação Constitucional	20
1.3. Supremacia da Constituição	20
1.4. Normas Constitucionais e normas inconstitucionais	22
1.4.1. Inconstitucionalidade vertical e inconstitucionalidade horizontal	24
1.4.2. Inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material	25
1.4.3. Inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial	27
1.4.3.1. Inconstitucionalidade parcial sem redução de Texto	28
1.4.3.2. Declaração conforme a Constituição	28
1.4.4. Inconstitucionalidade direta ou indireta	31
1.4.5. Inconstitucionalidade por a�o e inconstitucionalidade por omissão	32
1.4.6. Inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente	33
1.5. Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro: Conceito	34
1.5.1. Controle de Constitucionalidade de Método Preventivo	37
1.5.2. Controle de Constitucionalidade de Método Repressivo	38
1.6. Conclusões	40
<b>Capítulo 2: Antecedentes Históricos � Compreensão do Tema: Evolução do Controle de Constitucionalidade no Direito Constitucional Brasileiro</b>	41
2.1. Considera�es Preliminares	41
2.2. Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1824	42
2.3. Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1891	45
2.4. Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1934	509



2.5. Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1937	53
2.6. Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1946	54
2.6.1. A Emenda Constitucional 16/65 e o Surgimento do Controle	56
Abstrato	
2.7. Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1967	57
2.7.1. As Emendas Constitucionais de nº 01/69 e nº 07/77	58
2.8. Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1988	60
2.8.1. A Emenda Constitucional nº 03/93	62
2.8.2. A Emenda Constitucional de nº 45/04	64
2.9. Conclusões	67
<b>CAPÍTULO 3: <i>Precedentes</i> Judiciais: A Experiência Norte-Americana e a Adoção no Brasil</b>	69
3.1. Considerações Preliminares	69
3.2. <i>Precedentes</i>	70
3.2.1. O que é um <i>Precedente</i> : Origem, Significante, Significado,	70
Definição	
3.2.1.1 Origens	70
3.2.1.2. Significante	73
3.2.1.3. Significado	74
3.2.1.4. Definição	77
3.2.2. Jurisprudência <i>versus Precedentes</i>	77
3.2.3. Classificação dos <i>Precedentes</i>	83
3.2.3.1. Quanto à Origem: <i>Precedentes</i> estaduais, regionais e nacionais	84
3.2.3.2. Quanto à Formação: <i>Precedentes</i> Infraconstitucionais e Constitucionais	85
3.2.3.3. Quanto ao Conteúdo: <i>Precedentes</i> Declarativos e Criativos	86
3.2.3.4. Quanto aos Efeitos: <i>Precedentes</i> Persuasivos, <i>Precedentes</i> Obstativos de Recursos, <i>Precedentes</i> Vinculativos, <i>Precedentes</i> Antecipatórios de Decisões Recursais	87
3.2.3.5. Quanto ao Alcance: <i>Precedentes</i> Horizontais e Verticais	89
3.2.4. Formação do <i>Precedente</i>	91
3.2.5. Aplicação do <i>Precedente</i>	92
3.2.6. Revogação do <i>Precedente</i>	96
3.3. Conclusões	101

<b>Capítulo 4: Prevalência dos <i>Precedentes</i> no Brasil</b>	103
4.1. Considerações Preliminares	103
4.2. Os Assentos e os Prejulgados no Direito Brasileiro	104
4.3. Modificações Legislativas que Ressaltam a Força dos <i>Precedentes</i> no Controle Difuso de Normas no Brasil	106
4.3.1. Súmulas Impeditivas de Recursos = <i>Precedentes</i> Obstativos de Recursos	106
4.3.1.1. Definição	106
4.3.1.2. Origem: Despacho Monocrático no Supremo Tribunal Federal, Regimento Interno de 1970	108
4.3.1.2.1. Artigo 38 da Lei Federal 8.038/90	111
4.3.1.3. Evolução Legislativa do Artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973	114
4.3.1.4. Recursos de Apelação = <i>Precedente</i> Obstativos de Recursos	119
4.3.1.5. Agravos de Instrumento = <i>Precedentes</i> Obstativos de Recursos	122
4.3.1.5. <i>Precedentes</i> Obstativos e Petições Iniciais	124
4.3.2. Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade = <i>Precedentes</i> Vinculantes	127
4.3.2.1. Definição	127
4.3.2.2. Origens e Notas Importantes	128
4.3.2.3. Evolução Legislativa	131
4.3.2.3.1. Participação de Terceiros: <i>Amicus Curiae</i>	136
4.3.3. Recursos Extraordinários nos Juizados Especiais Federais = <i>Precedentes</i> Persuasivos	139
4.3.4. Remessa de Ofício: art. 475 do CPC = <i>Precedentes</i> Obstativos	142
4.3.5. Embargos à Execução: art. 741 do CPC = <i>Precedentes Vinculantes</i>	144
4.3.6. Ação Rescisória = <i>Precedentes</i> Persuasivos	146
4.3.7. Súmula Vinculante = <i>Precedentes Vinculantes</i>	149
4.3.8. Repercussão Geral = <i>Precedentes</i> Persuasivos	154
4.4. Conclusões	158
	159

## **Capítulo 5: Obsolescência da Atuação do Senado Federal na Fiscalização de Constitucionalidade: Controle Difuso como Controle de Sentenças e Atos Normativos**

5.1. Considerações Preliminares	159
5.2. Origem da Competência Reservada ao Senado Federal no Controle Difuso	159
5.2.1. A verdadeira Razão da Participação do Senado Federal no Controle Difuso	166
5.3. O Processo de Obsolescência da Competência do Senado Federal para Atuar no Controle Difuso de Normas	167
5.3.1. A Constituição Federal de 1988	167
5.3.2. A Emenda Constitucional 03/93	168
5.3.3. A Emenda Constitucional 45/04	172
5.3.4. A prevalência dos <i>Precedentes</i>	174
5.3.5. Decisões Proferidas em Controle Difuso de Constitucionalidade: Controle de Constitucionalidade ou Controle de Sentenças e Atos Normativos?	176
5.3.6. A Evolução da Jurisprudência	189
5.3.6.1. A Transcendência dos Fundamentos Determinantes	182
5.4. Ineficácia Material da Norma Declarada Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e Ineficácia Social da Competência do Senado Federal para atuar no Controle Difuso de Normas	186
5.4.1. Ineficácia Material e Ineficácia Formal da Norma Declarada Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal	186
5.4.2. Ineficácia Social da Competência do Senado Federal para atuar no Controle Difuso de Normas	189
5.5. Conclusões	194
6. Conclusões Finais	196
7. Bibliografia Consultada	198

## 1. Introdução

Destina-se o presente trabalho ao cumprimento da etapa final do Curso de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Linha de Pesquisa Constituição e Sociedade - iniciado no 1º Semestre de ano de 2009. O estudo será desenvolvido com o título **“O Novo Cenário do Controle Difuso de Normas no Brasil: Prevalência dos *Precedentes*, Controle de Sentenças e Atos Normativos e Obsolescência da Atuação do Senado Federal”**.

Interpretar normas e dizer sobre a sua constitucionalidade ou sobre a sua inconstitucionalidade é atividade intelectual que exige do intérprete, além do completo domínio dos exatos conceitos correlatos, sensibilidade jurídico-constitucional<sup>1</sup> em ordem a possibilitar que a construção e o resultado final do processo interpretativo reflitam os anseios sociais<sup>2</sup> daquele momento histórico no qual uma determinada norma é declarada constitucional ou inconstitucional<sup>3</sup>.

Partindo dessa perspectiva e tendo em linha de consideração institutos do direito processual pátrio<sup>4</sup>, têm-se boas as razões para afirmar-se que, no Brasil, foi construído, progressivamente, um novo cenário para o controle difuso de normas<sup>5</sup>, o qual, indubitavelmente, está centrado na prevalência dos *precedentes* firmados pelos tribunais<sup>6</sup> e, especialmente, naqueles uniformizados pelo Supremo Tribunal Federal, na atuação dessa Corte como órgão controlador de sentenças e atos normativos

---

<sup>1</sup> Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação constitucional*, p. 43.

<sup>2</sup> Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição* p. 14.

<sup>3</sup> Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 15.

<sup>4</sup> Sobre a existência ou não de uma disciplina intitulada Direito Processual Constitucional, sugere-se a leitura de Artigo de Domingos Garcia Belaunde (*El Derecho Procesal Constitucional: um concepto problemático, publicado na Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais* de nº 04 - julho/dezembro de 2004).

<sup>5</sup> Eis o Problema da pesquisa: existe um novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil?

<sup>6</sup> Registre-se, desde já, que os tribunais federais, estaduais e do Distrito Federal detêm competências para pronunciar a inconstitucionalidade em ambiente de controle difuso de normas no Brasil.

equivocados e, sobretudo, na obsolescência da orientação normativa plasmada no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, via do qual é dado ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Fixados esses parâmetros, torna-se possível assentar que, no Brasil, em tema de interpretação constitucional, está-se aproximando, cada vez mais, os modelos difuso<sup>7</sup> e concentrado de controle de normas,<sup>8</sup> percorrendo-se, assim, a trilha aberta, de há muito, pelo Professor Francisco Fernández Segado, o qual se utiliza da locução convergência entre os sistemas americano e europeu<sup>9</sup>.

Essa aproximação ou convergência observada entre os modelos admitidos pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade não deve, contudo, ser confundida com o que se vem chamando de objetivação do controle difuso de normas. Ao revés, o que se tem verificado em nosso sistema de controle de constitucionalidade não é a fusão de modelos ou mesmo a prevalência do modelo concentrado sobre o modelo difuso, mas sim a valorização desse último, revelada a partir da força que, cada vez mais, se está emprestando aos *precedentes*, em especial aqueles firmados no Supremo Tribunal.

Dentro dessas perspectivas é que se realiza a presente Dissertação, a qual tem por objetivo demonstrar, de forma detalhada, como foi construído o novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil, como os *precedentes*, especialmente os firmados pelo Supremo Tribunal Federal, passaram a ter força vinculante, obstativa e persuasiva, como essa Corte passou a atuar como controladora de sentenças e atos normativos

---

<sup>7</sup> Registre-se que a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, seja qual for o Tribunal, inclusive os superiores, deve ser feita mediante incidente de declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, o qual impõe a obrigatoriedade de observância à regra da reserva de plenário em hipóteses que tais.

<sup>8</sup> Confira-se o art. 103 da Constituição Federal do Brasil. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.11.2010.

<sup>9</sup> *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Revista Latino-Americana de Estudios constitucionais, nº4, julho/dezembro, 2004, p.p. 145-208.

equivocados e, finalmente, as razões pelas quais se tornou obsoleta a atuação do Senado Federal neste novo cenário.

A busca pelas respostas às hipóteses eleitas<sup>10</sup> exigiu a realização de profunda pesquisa documental e bibliográfica, das quais resultou a reunião de farto material legislativo, jurisprudencial e doutrinário, os quais acabaram por ornar o presente estudo com o caráter de pesquisa exploratória<sup>11</sup> e histórica<sup>12</sup> e exigiram a divisão do mesmo em (05) cinco grandes blocos.

O Capítulo inicial da Dissertação tem por objetivo preparar conceitualmente o terreno para, ao depois, utilizar esses conceitos para demonstrar a forma através da qual foi construído o novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Serão, portanto, enfrentados, em um primeiro instante, temas como o conceito de Constituição, bem como a classificação e a supremacia da mesma. Em um segundo momento, serão estudados os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade de normas, seguindo-se à indicação dos sistemas, métodos e modelos de controle de constitucionalidade apontados pela doutrina.

O Capítulo 2 do Trabalho foi reservado para uma digressão na história do controle de constitucionalidade no Brasil, de modo a facilitar a demonstração de como a prevalência dos *precedentes*, a atuação do Supremo Tribunal Federal como órgão de controle de sentença e atos normativos e a obsolescência da atuação do Senado Federal contribuíram para a formação do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. Será, pois, feita uma abordagem que parte da Constituição do Império, passa pelas Constituições 1891, 1934, 1937, 1946, Emenda Constitucional nº 16/1965, Constituição Federal de 1967, Emendas Constitucionais nº 01/1969 e nº 07/1977 e pela Constituição de 1988 e Emendas de nº 03/1993 e nº 45/2004.

---

<sup>10</sup> Eis as hipóteses eleitas: (1) a força conferida aos *precedentes* do Supremo Tribunal Federal, (2) a sua atuação como órgão destinado a controlar sentenças e atos normativos e (03) a obsolescência do comando contido no art. 52, inciso X, da Constituição Federal contribuíram para a formação de um de um novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil.

<sup>11</sup> Antônio Carlos Gil, *Como elaborar projetos de pesquisa*, p. 45.

<sup>12</sup> Roberto Jary Richardson, *Pesquisa social: métodos e teorias*, p. 208.

Na terceira fase da Dissertação - Capítulo 3 -, a pesquisa centra-se na investigação do instituto do *precedente*, enfrentando-o a partir dos ensinamentos hauridos no modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, tudo em ordem a demonstrar como esse instrumento jurídico, antes desprezado, passou a ocupar lugar de destaque no novo cenário do controle de normas no Brasil. Dentro dessa moldura, serão investigados o conceito de *precedente*, a diferenciação entre este e jurisprudência, a sua classificação, o modo como o mesmo é criado, e, finalmente, os métodos de aplicação e revogação de um *precedente*.

O Capítulo 4 do trabalho foi reservado para se demonstrar como a paulatina alteração da legislação processual civil brasileira emprestou maior força aos *precedentes* no âmbito do controle difuso de normas e quais as influências dessas mudanças na formação do novo cenário do controle de normas no Brasil. Para comprovar essas assertivas serão estudados, sempre sob a ótica dos *precedentes*, institutos como a súmulas impeditivas de recursos<sup>13</sup>, o agravo de instrumento, o incidente de arguição de inconstitucionalidade, o recurso extraordinário nos juizados especiais federais, os embargos à execução, a remessa de ofício, o recurso de apelação, a ação rescisória, a súmula vinculante e a repercussão geral.

Na última etapa da Dissertação - Capítulo 5 - o estudo dedica-se a demonstrar como o Supremo Tribunal Federal passou a atuar como órgão controlador de sentenças e atos normativos equivocados e as razões pelas quais a atuação do Senado Federal no Controle difuso de normas no Brasil tornou-se obsoleta.

Ao cabo do estudo são apresentadas as conclusões alcançadas a partir das respostas ofertadas às hipóteses eleitas para o desenvolvimento do trabalho, seguindo-se a indicação das obras doutrinárias que serviram de suporte à investigação realizada, tudo em ordem a poder

---

<sup>13</sup> As súmulas impeditivas de recursos, tais como tratadas pela doutrina pátria, assim especialmente por José Rogério Curz e Tucci, serão nesta Dissertação, após o estudo do instituto dos *Precedentes*, o que será feito no Capítulo 3, reconhecidas como *precedentes* obstativos de recursos (*precedente judicial como fonte do direito*, p. 2601).

realçar para os diligentes operadores do Direito Processual Civil/Constitucional pátrio a existência de um novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil.



## Capítulo 1

### Conceitos indispensáveis ao desenvolvimento do Tema: Constituição, Constitucionalidade, Inconstitucionalidade e Fiscalização de Normas

#### 1.1. Considerações Preliminares

Pretende-se com o presente Capítulo preparar conceitualmente o terreno sobre o qual se vai demonstrar como a prevalência dos *precedentes*, a atuação do Supremo Tribunal Federal como órgão de controle de sentenças e atos normativos e a obsolescência da atuação do Senado Federal na fiscalização de normas tiveram participação decisiva na edificação de um novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil.

Dentro dessa ordem de idéias, o estudo tem início com a abordagem do conceito de Constituição, dos seus meios de classificação e bem assim da definição de constitucionalidade e inconstitucionalidade nas suas variadas modalidades. Ainda neste espaço da pesquisa serão estudados os métodos e modelos de fiscalização de normas ofertados pela doutrina local e alienígena.

Criar, enfim, uma base conceitual sólida a partir da qual se possa desenvolver, sem maiores entraves, a presente Dissertação é o objetivo maior deste Capítulo inicial.

#### 1.2. Conceito de Constituição

Derivado da expressão latina *constitutiones*, o substantivo feminino constituição exprime ato ou efeito de constituir, organizar, agrupar, enfim, várias coisas para formar um todo. É dizer: sob o ponto de vista morfológico, o termo constituição denota reunião de atos, assentos ou matérias para a formação de algo mais complexo.

Entendida como o Estatuto do Poder, uma Constituição deve contemplar elementos tidos por essenciais à organização e ao funcionamento do Estado<sup>14</sup>, além de elencar os direitos e deveres concebidos como fundamentais<sup>15</sup>. Enquanto ordem jurídica fundamental<sup>16</sup>, a Constituição de um Estado é o conjunto de regras relativas ao governo e à vida da comunidade estatal, considerada desde o ponto de vista fundamental desta<sup>17</sup>, devendo, em razão disso, ser vista como o conjunto de normas positivas que regem a produção do direito, querendo isso significar o plexo de regras concernentes à forma do Estado, ao sistema de governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus limites e aos limites de sua ação<sup>18</sup>.

Há que se conceituar Constituição<sup>19</sup>, pois, como o Estatuto definidor da estrutura do Estado<sup>20</sup> e dos direitos e garantias fundamentais<sup>21</sup>, tendo sempre presente que uma Carta política<sup>22</sup>, no que toca ao seu conteúdo, poderá conter tanto elementos tidos como materiais como aqueles considerados como formais.

---

<sup>14</sup> Pinto Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, p. 10.

<sup>15</sup> Orlando Bitar, *Obras completas de Orlando Bitar*, p. 45.

<sup>16</sup> Ferdinand Lassalle (*A essência da Constituição*), p. 40.

<sup>17</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito constitucional comparado: o poder Constituinte*, p. 10.

<sup>18</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. op. cit., p.p.10-11.

<sup>19</sup> Relembre-se, com Georg Jellinek, que o Estado moderno é resultado da associação organizada sob a batuta de uma Constituição (*Teoria general del estado*, p. 242).

<sup>20</sup> Consultando as lições de Rudolf Smend se extrai a ilação de que a Constituição é, antes de tudo, uma ordenação da formação da vontade de um grupo social e da situação jurídica de seus membros. A Constituição de um Estado compreende, pois, as normas jurídicas que regulam os órgãos supremos do Estado, sua formação, competência e relações mútuas, assim como o estatuto básico em que se encontra o indivíduo frente ao Estado. Traduziu-se (*Constitution y derecho constitucional*, p. 129).

<sup>21</sup> Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, p. 138

<sup>22</sup> Nunca se deve esquecer, para se compreender o conceito de Constituição, as observações feitas por Carl Schmitt indicadoras de que um “Estado legiferante é um Estado regido por normatizações com conteúdo mensurável e determinável, caracterizadas como impessoais e, por esse motivo, *gerais*, bem como predeterminadas e, conseqüentemente, concebidas, visando a uma *duração permanente*”. Registra ainda o citado autor que nesse tipo de “Estado, lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei existem separados entre si”. E arremata dizendo que são “as leis que regem, e não os indivíduos, as autoridades ou as instâncias superiores. Colocando de outra forma a questão, sacramenta: “as leis não regem, elas vigem apenas como normas”( *Legalidade e legitimidade*, p. 02).

### 1.2.1. Classificação quanto ao conteúdo: materialidade e formalidade

Definido que a palavra Constituição assume o *significado* de Lei Basilar, na qual se deve regular a forma de Estado, o sistema de governo, os direitos e as garantias fundamentais, a organização, a repartição, a assunção e o exercício dos Poderes<sup>23</sup>, é de se reconhecer nesses elementos aqueles que devem ser tidos por materialmente constitucionais. Por outra visada, tudo o mais que integre a Constituição e que não se relacione diretamente com os seus elementos tidos por materiais devem ser considerados como elementos constitucionais formais. Exemplos clássicos de normas constitucionais materiais são o direito à vida<sup>24</sup> e a forma federativa de estado<sup>25</sup>. Exemplos de normas constitucionais formais são as regras pertinentes ao teto salarial do servidor público<sup>26</sup> e aquelas relacionadas ao desporto<sup>27</sup>.

Não se pode olvidar que existem autores que assinalam que, do ponto de vista lógico, toda norma que se encontre na Constituição é norma constitucional e que, por isso, a Constituição formal, é, também, a Constituição material<sup>28</sup>. Em que pese esse respeitável posicionamento, o certo é que vozes doutrinárias outras cunharam o entendimento segundo o qual há sim como determinar o que seja ou não seja material ou formalmente constitucional<sup>29</sup>, convindo lembrar que, se assuntos outros, não materialmente constitucionais, integram a Carta Política, é porque o constituinte com isso pretendeu dar-lhes maior destaque, maior proteção que a que lhes seria reservada por uma lei ordinária ou por uma lei complementar<sup>30</sup>.

---

<sup>23</sup> Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão*, p.p. 171-176.

<sup>24</sup> *Constituição Federal*, art. art. 5º.

<sup>25</sup> *Constituição Federal*, art. art. 1º.

<sup>26</sup> *Constituição Federal*, art. 37, XI.

<sup>27</sup> *Constituição Federal*, art. 217.

<sup>28</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 23.

<sup>29</sup> Paulo Bonavides, *Direito constitucional*, p.p. 81-3. No mesmo sentido André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, p. 66 e José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional*, p.p. 41-42

<sup>30</sup> José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 42.

Cabe afirmar, pois, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobre albergar um grande volume de normas material e formalmente constitucionais, deve ser classificada como uma Carta Política múltipla, a qual engloba, além da essência constitucional<sup>31</sup>, comandos meramente formais<sup>32</sup> que não deveriam, necessariamente, integrá-la.

### **1.2.2. Classificação quanto à Estabilidade: rigidez, flexibilidade, semirigidez e ultrarigidez**

A depender do sistema fixado para a alteração do texto de uma Constituição, pode ela ser classificada como rígida ou flexível. Dir-se-á que uma Constituição é rígida quando para a modificação de quaisquer de seus comandos for exigido um procedimento legislativo específico. Flexível será a Constituição que puder ser desfigurada mediante o mesmo processo legislativo reservado para a elaboração dos outros diplomas legais que integram o sistema jurídico<sup>33</sup>.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello salienta que o que difere o Texto Constitucional dos demais diplomas normativos é a superioridade daquela em face destes, o que justifica a adoção de métodos especiais para a alteração dos primeiros. Já quando aborda as Constituições flexíveis, o referido autor registra que na Inglaterra nenhuma distinção é feita entre lei constitucional e lei ordinária, quer quanto à formação, quer quanto à validade das mesmas, pelo que as regras que regem a elaboração das leis ordinária são as mesmas que ditam a criação da norma com força constitucional<sup>34</sup>.

Ao lado das Constituições rígidas e das Constituições flexíveis existe um terceiro tipo de Texto Constitucional no qual restam contempladas tanto matérias guardadas pela rigidez quanto outras libertas de

---

<sup>31</sup> *Constituição Federal*, arts. 1º e 5º.

<sup>32</sup> *Constituição Federal*, arts. 215 e 218.

<sup>33</sup> Michel Temer, *Elementos de direito constitucional*, p. 28.

<sup>34</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A teoria das constituições rígidas*, p.p. 39-41.

tais amarras. Está-se, aqui, a falar das chamadas Constituições mistas<sup>35</sup> ou semi-rígidas, sendo exemplo, no direito brasileiro, a Constituição do Império de 1824, qual exigia procedimentos especiais tão somente para os pontos do Texto Magno considerados materialmente constitucionais<sup>36</sup>.

Além da rigidez comum e da semirigidez existe, especialmente no constitucionalismo pátrio, a figura incontestável da ultrarigidez constitucional, a qual acaba mesmo por vedar a possibilidade de alteração da Constituição em alguns de seus tópicos<sup>37</sup>. Aqui, está-se a falar das chamadas cláusulas constitucionais imutáveis ou cláusulas pétreas, temas tais que, no Direito Brasileiro, encontram-se elencados no § 4º do art. 60 da Constituição Federal<sup>38</sup>.

### 1.2.2.1. Mutação Constitucional

Existem casos nos quais o caminhar da sociedade e a evolução ou a transmutação de conceitos são capazes de operar efeitos na interpretação constitucional<sup>39</sup> de forma tal a conduzir ao abandono de entendimentos anteriormente fixados e à conseqüente adoção de uma nova leitura sobre questão cuja pré-compreensão já se havia consolidado<sup>40</sup>. É dizer: a Constituição normativa necessita de conteúdo aberto ao tempo<sup>41</sup>, cabendo ao operador do direito a missão de efetivar a abertura da lei constitucional mediante a interpretação de seus textos<sup>42</sup>.

---

<sup>35</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, op. cit., p. 55.

<sup>36</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonete Branco, *Curso de direito* op. cit., p. 23.

<sup>37</sup> Ruy Medeiros alerta para o fato de que as leis Constitucionais devem ser interpretadas à luz da modernidade, pelo que deixa a seguinte lição: "A percepção da continuidade como um valor não deve, porém, significar uma visão petrificada da jurisprudência ou uma indisponibilidade dos tribunais para atender às solicitações provenientes do ambiente". (*A decisão de inconstitucionalidade*, p. 827). A mesma mensagem pode ser extraída da leitura do monumental trabalho de Ferdinand Lassalle, *A essência da Constituição*.

<sup>38</sup> Vale conferir, nesse sentido os votos proferidos na *Ação direta de Inconstitucionalidade 833*, (STF-ADI 833/DF, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 14.04.1993 e publicado no Diário de Justiça do dia 16.09.1994). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 05.12.2010. STF.

<sup>39</sup> Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 146.

<sup>40</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, op. cit., p. 123

<sup>41</sup> J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria ...*, p. 305.

<sup>42</sup> Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 22.

Enfrentando o tema, Inocêncio Mártires Coelho, salienta que “as controvertidas *mutações constitucionais* poderão ser assimiladas como saudáveis procedimentos que *regeneram* o texto constitucional, e, por essa maneira, tornam dispensáveis as sempre desgastantes revisões formais que abalam o prestígio e a força normativa da Constituição”<sup>43</sup>.

Sempre é bom lembrar, notadamente quando se está a versar sobre mutação constitucional, que a Constituição Federal do Brasil exige *quorum* especial para que se proceda à alteração de seu texto, pelo que não há de se confundir alteração constitucional derivada da interpretação emprestada a seus textos com a reforma parcial da Constituição, a qual se dá por processo específico previsto na própria Carta Constitucional<sup>44</sup>. Essa, certamente, a razão que levou Konrad Hesse certa feita a vaticinar que “o texto da Constituição se erige em limite absoluto de uma mutação constitucional não só do ponto de vista da relação entre “Direito” e “realidade constitucional”, a qual encontra expressão na estrutura da norma constitucional, como também do ponto de vista das funções da Constituição”<sup>45</sup>.

A partir dos ensinamentos colacionados, pode-se definir mutação constitucional, portanto, como sendo o acontecimento hermenêutico que, frente às evoluções sociais capazes de alterar conceitos preestabelecidos, importe novas leituras de normas constitucionais, mesmo que inexistente alteração legislativa.

---

<sup>43</sup> Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação ...*, op. cit., p. 27.

<sup>44</sup> As regras pertinentes à alteração da Constituição Federal do Brasil estão estabelecidas no seu art. 60, o qual se encontra assim redigido: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.01.2011.

<sup>45</sup> *Temas fundamentais de direito constitucional*, 169.

### 1.3. Supremacia da Constituição

Um sistema jurídico não pode prescindir de um porto<sup>46</sup> a partir do qual as demais normas jurídicas que lhe integram busquem a sua justificação de validade<sup>47</sup>. Daí afirmar-se que as normas constitucionais são dotadas de preeminência, supremacia em relação às demais leis e atos normativos que integram o ordenamento jurídico estatal, motivo por que todas as demais normas devem guardar pertinência e conformação com a Carta Política, instrumento normativo posto no vértice do sistema jurídico<sup>48</sup>.

Jorge Miranda assinala que não é preciso entronizar as teses da teoria pura para reconhecer que as fontes e as normas se distribuem por níveis bastante diversos e que a supremacia da Constituição é conseqüência lógica da sua posição no ordenamento jurídico<sup>49</sup>. Konrad Hesse dita que a Constituição representa uma força ativa destinada a estruturar todo o sistema jurídico a partir da ordem previamente estabelecida, para o que se faz necessário à conscientização da “*vontade de Constituição*”<sup>50</sup>. Afonso Arinos cunhou que a base da construção teórica que afirma a supremacia da Constituição edifica-se a partir de dois princípios, um filosófico e outro de técnica jurídica<sup>51</sup>.

A supremacia da Constituição deve, pois, ser compreendida como o *status* detido pela Carta Magna enquanto centro irradiador dos fundamentos de validade de todas as normas pertencentes a um determinado sistema jurídico, revelando-se a sua força normativa pela vontade mesma de estabilidade institucional que dela dimana.

---

<sup>46</sup> Das lições de Georg Jellinek se pode extrair que toda associação permanente necessita de um princípio de ordenação, conforme o qual se constitua e desenvolva sua vontade. Este princípio de ordenação será o que limitará a atuação de seus membros dentro da associação e em relação com ela. Uma ordenação ou um estatuto desta natureza é o que se chama de Constituição. Traduziu-se. *Teoria general del ...*, op.cit., p. 380).

<sup>47</sup> Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p.p. 309-10.

<sup>48</sup> Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, p. 17.

<sup>49</sup> Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, p. 284.

<sup>50</sup> Konrad Hesse, op. cit., p.19.

<sup>51</sup> *Curso de direito constitucional brasileiro*, p.p. 53-57.

#### 1.4. Normas Constitucionais e normas inconstitucionais

Se um determinado ato normativo foi elaborado com observância às regras e princípios constitucionais, diz-se que ele (ato) está conforme com a Carta Política e que, portanto, é constitucional. Lado outro, se o diploma legal foi construído sem o estrito respeito aos pressupostos inscrito no Texto Maior, será ele (diploma) reconhecido como vertical ou horizontalmente incompatível com esse e, em razão disso, inconstitucional<sup>52</sup>.

Ferindo o tema, J. J. Gomes Canotilho<sup>53</sup> deixa claro que inconstitucional é toda lei que viole os preceitos constitucionais, o que equivale a afirmar estar nesta situação todo o comando normativo cuja matéria ou cuja forma se choque, expressa ou implicitamente, com dispositivos constitucionais. Marcelo Neves<sup>54</sup> afirma que a inconstitucionalidade nada mais é que a lei (em sentido formal ou material) em relação imediata de incompatibilidade vertical com normas constitucionais. Valendo-se dos ensinamentos de Orlando Bitar, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>55</sup>, resumiram de forma lapidar o tema da constitucionalidade e da inconstitucionalidade das normas, quando assim se manifestaram:

Dessarte, os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão-somente, a idéia de conformidade ou inconformidade com a Constituição. Assim, tomando por empréstimo a expressão de Bitar, dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção - de nulidade ou anulabilidade - por desconformidade com o ordenamento constitucional.

---

<sup>52</sup> Gustavo Zagrebelsky anota que o vício de inconstitucionalidade de uma lei é determinado pela contradição da mesma com a Constituição, e que compete ao órgão da justiça constitucional fazer a comparação entre a lei e o parâmetro constitucional, e, sendo o caso, restabelecer a coerência do ordenamento através da eliminação do termo que torna a lei ordinária inconstitucional. Traduziu-se (*La guisizia costituzionale*, p. 17).

<sup>53</sup> Op. cit. p. 947.

<sup>54</sup> Marcelo Neves, *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p.74.

<sup>55</sup> *Curso de direito ...*, op. cit., p. 954.



André Ramos Tavares<sup>56</sup> ensina que a inconstitucionalidade reflete a incongruência entre a norma inferior com a Constituição Federal, deixando entrever que a supremacia da norma constitucional deve mesmo reger a construção de todas as demais normas. Diz ele que “a inconstitucionalidade das leis é expressão, em seu sentido mais lato, designativa da incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição”, servindo, ademais, para dar ensejo ao fato jurídico relevante bastante a caracterizar a ação ou a omissão do legislador geratriz dessa incompatibilidade.

Discorrendo sobre inconstitucionalidade, José Afonso da Silva deixa a lição de que, seja qual for a situação jurídica criada, comissiva ou omissiva, deve ela estar em consonância com a Constituição, sob pena de afronta a sua supremacia. Assim é que o referido autor chama a atenção para o fato de que a “conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição”, antes exige mais, “pois omitir a aplicação de normas constitucionais quando a Constituição assim o determina constitui também conduta inconstitucional”<sup>57</sup>.

A partir dos parâmetros colhidos na doutrina<sup>58</sup> e na jurisprudência pode-se agora definir inconstitucionalidade como sendo a incompatibilidade ou mesmo a oposição da norma frente à Constituição Federal, seja por ofensa aos seus princípios e regras, seja por violação do procedimento necessário a sua (norma) construção, cobrando registrar que, nessa linha de entendimento, a inconstitucionalidade pode ser vertical ou horizontal, formal ou material, total ou parcial, direta ou indireta, originária ou superveniente e por ação ou por omissão. Constitucional, por sua vez, será a norma construída em conformidade com os reclames formais e materiais da

---

<sup>56</sup> *Curso de direito ...*, op. cit., p. 954.

<sup>57</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional ...*, op. cit., p. 48.

<sup>58</sup> Nunca é demais lembrar que Hans Kelsen bem colocou que cada grau da ordem jurídica constitui, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução de direito com respeito ao grau superior. Ao depois conclui: as garantias da Constituição significam, portanto, garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, querendo isso essencialmente significar garantias das constitucionalidades das leis (*Jurisdição Constitucional*, p. 126).

Carta Política. Não se deve deslembrar, contudo, que, para se fazer efetiva, a inconstitucionalidade há que ser declarada pelo órgão competente.

#### 1.4.1. Inconstitucionalidade vertical e inconstitucionalidade horizontal

Conforme assentado por Marcelo Neves<sup>59</sup>, a incompatibilidade vertical da norma com a Constituição pressupõe a sua inconstitucionalidade. E é justamente a essa incompatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição que se denominou chamar de inconstitucionalidade vertical, tal qual se pode auferir pela leitura feita por Temístocles Brandão Cavalcanti, quando assinala que na hipótese de “controle judicial da constitucionalidade das leis, a sua fundamentação jurídica há de se encontrar, portanto, na própria definição de Constituição como norma suprema”<sup>60</sup>.

Inconstitucionalidade horizontal<sup>61</sup>, por seu turno, tem-se quando a norma confrontada com a Carta Política não é de *status* infraconstitucional, mas sim uma Emenda Constitucional, vale dizer: norma de *status* também constitucional. Daí a razão pela qual Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco aludirem a normas constitucionais inconstitucionais, seja por conta de desrespeito ao processo legislativo, seja por violações de suas cláusulas pétreas<sup>62</sup>.

Discorrendo sobre a incompatibilidade de emenda Constitucional com a Constituição, o Ministro Celso de Mello, quando lançou seu voto na ADI nº 939-9, deixou assentado que não se pode “perder de vista que as emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis, também elas, com o texto da constituição a que aderem”. Deixa claro, com isso, que é justamente em face desta situação que se justifica a sindicabilidade desta

---

<sup>59</sup> *Teoria da inconstitucionalidade ...*, op.cit., p. 74.

<sup>60</sup> *Do controle da constitucionalidade*, p. 10.

<sup>61</sup> Registre-se que Otto Bachof, ao prefaciar a edição portuguesa de sua obra *Normas constitucionais inconstitucionais*, assenta que também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça. p. 03. Ao depois afirma que uma lei de alteração da Constituição pode infringir, formal e materialmente, disposição da Constituição formal, p. 52.

<sup>62</sup> *Curso de direito ...*, op. cit., p.978.

norma jurisdicional, tanto mais quando tocar temas protegidos por cláusula de imutabilidade.

Seguindo esta esteira de pensamento e tendo em linha de consideração o fato de que o Supremo Tribunal Federal, de há muito, consagrou a possibilidade de sindicância de Emendas Constitucionais<sup>63</sup>, é que se ousa classificar como horizontal a inconstitucional que se verifica quando reconhecida a incompatibilidade de Emenda Constitucional com a Constituição.

#### **1.4.2. Inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material**

Como assentado no tópico anterior, a relação de inconformidade de uma determinada norma com a Constituição Federal pode verificar-se quer quanto ao seu conteúdo, quer quanto à sua forma, resultando daí que a inconstitucionalidade poderá ser formal ou material.

Quando a incompatibilidade da norma com a Constituição Federal decorrer da inobservância de exigências procedimentais, tem-se a chamada inconstitucionalidade formal, a qual estará sempre relacionada com a iniciativa, discussão e votação da respectiva norma. De outra visada, na oportunidade em que a inconstitucionalidade resultar do desprezo aos princípios e as normas que informam a supremacia e a força normativa da Constituição, ou seja, for a incompatibilidade motivada pela edição de um comando normativo contrário ao próprio espírito da Carta Maior, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade material. Marcelo Neves<sup>64</sup> bem resumiu essa questão quando deixou assentado:

Na acepção lógica dos termos, o problema não se reduz aos casos das leis em relação de *contrariedade* ou de *contradição* com a Constituição. Estas duas hipóteses correspondem apenas à inconstitucionalidade material, que implica contrariedade ou contradição, aplicando-se, com Bobbio, estes conceitos da lógica clássica às antinomias entre normas

---

<sup>63</sup> (STF-ADI 999/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 15.12.1993 e publicado no Diário de Justiça do dia 18.03.1994). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 10.11.2010)

<sup>64</sup> *Teoria da inconstitucionalidade ...*, op. cit., p.74.

jurídicas [...]. A inconstitucionalidade formal não resulta da *contradição* ou *contrariedade*, no sentido lógico dos termos, entre lei e Constituição. A incompatibilidade normativa, nesta hipótese, decorre da inadequação ou desconformidade do procedimento efetivo de elaboração legislativa (plano do ser) ao conteúdo da norma constitucional prescrita do processo legislativo (plano do dever ser) [...]. Daí porque a definição de lei inconstitucional deve denotar não só a incompatibilidade resultante de contradição ou contrariedade entre conteúdos normativos (legal e constitucional), mas também a proveniente da desconformidade entre procedimento de produção normativa (legislativa) e conteúdo normativo (constitucional). No primeiro caso apresentam-se relações nomoestática de incompatibilidade normativa vertical, enquanto no segundo estas relações são nomodinâmicas[...].

E é justamente a partir das definições de normas constitucionais e normas inconstitucionais que se alcança a conclusão de que a supremacia da Constituição somente pode ser concretizada quando presente uma sistemática que possibilite o confronto entre as normas produzidas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário com os procedimentos, princípios e regras inscritos na Carta Maior. Esse instrumento de verificação de compatibilidade vertical e horizontal das normas é o que se convencionou chamar de controle de constitucionalidade<sup>65</sup>.

Se assim é, muito não se precisará investigar para se chegar à assertiva segundo a qual o controle judicial de constitucionalidade somente tem lugar quando presente a supremacia da Constituição e quando for essa (Constituição) classificada como rígida ou semi-rígida, jamais quando for ela tida por flexível.

#### **1.4.3. Inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial.**

Uma determinada norma jurídica pode ser integralmente incompatível com a Constituição Federal, isso equivalendo a afirmar que todos os seus comandos estão umbilicalmente interligados de modo que não seja possível entender-se a independência de um de seus imperativos. Presente

---

<sup>65</sup> Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de ...*, op. cit., p. 128

esse quadro fático, o raciocínio lógico que dele se pode extrair, até por uma questão de ordem formal, é que esse tipo de incompatibilidade gera a inconstitucionalidade total. De outra visada, se a lei ou ato normativo do poder público puder ser entendido como um conjunto de partes compreensíveis e independentes do todo, vale dizer, se cada parte da norma sindicada puder ser eficaz sem a concorrência de outra, aí sim, poder-se-á falar em inconstitucionalidade parcial da norma.

As lições de Marcelo Neves levam à ilação de que a inconstitucionalidade total diz com a pertinência invalida de toda uma norma, ao passo que a inconstitucionalidade parcial relaciona-se com a impertinência invalida de apenas uma parte de determinada norma legal<sup>66</sup>. Dos ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes, pode-se extrair que a Corte Constitucional deve pronunciar a declaração de inconstitucionalidade parcial quando emergir certo que essa pronúncia não implicará a impossibilidade de aplicação integral da norma, sendo total a declaração de inconstitucionalidade quando se fizer presente a chamada relação de dependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais, de modo que a parte hígida não possa subsistir sem aquela considerada infectada pela incompatibilidade com a Constituição<sup>67</sup>.

O que se deve ter em mente no pertinente às definições de inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial é que o vetor condutor dessa diferenciação reside precisamente na relação de dependência que poderá, ou não, existir entre a parte da lei ou ato normativo do poder público tido como compatível com a Constituição é aquele reconhecido como incompatível com esse mesmo parâmetro de controle.

#### **1.4.3.1. Inconstitucionalidade parcial sem redução de Texto.**

Pode o Supremo Tribunal reconhecer a inconstitucionalidade parcial de uma determinada norma sem que para isso se

---

<sup>66</sup> *Teoria da inconstitucionalidade ...*, op. cit., p.121.

<sup>67</sup> Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, p.p. 202-203.

faça necessário reduzir-lhe o texto. Nesta hipótese, o objetivo da declaração de inconstitucionalidade não é propriamente o texto da norma, mas sim a norma que dela pode decorrer, implicando tal assertiva em reconhecer que o que é tido por inconstitucional não é a letra da lei, mas sim o como, o quando e o porquê deve ser a mesma - norma - aplicada. A essa possibilidade, a doutrina<sup>68</sup> convencionou chamar de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, vale dizer: sem que ocorra redução de quaisquer de seus termos.

Focando a temática, Gilmar Ferreira Mendes<sup>69</sup> é enfático ao afirmar que ocorre a referida situação quando o tribunal limita-se “a considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu programa normativo”. O citado autor colaciona como exemplo desse tipo de inconstitucionalidade parcial a não observância do princípio da anterioridade na instituição ou aumento de tributo, hipótese na qual o que será tido por inconstitucional não é a idéia de exigência fiscal, antes a sua exigência sem a observância do comando da anterioridade, tal significando que a norma será tida por constitucional se tiver eficácia no tempo certo<sup>70</sup>.

#### **1.4.3.2. Declaração conforme a Constituição**

Cabe registrar, ainda dentro do patamar do controle de constitucionalidade, que o Supremo Tribunal Federal também vem aplicando em seus julgados, com base no § 1º do art. 28 da Lei 9.868/99, a técnica da interpretação conforme a Constituição. Ao proferir esse tipo de decisão, o Tribunal indica as hipótese(s) nas qual (ais) a norma deve ser aplicada. É dizer: analisando o caso levado a julgamento, a Corte proclama a seguinte decisão: interpretando o comando legal confrontado com a Constituição Federal, resulta que a norma será tida por constitucional quando interpretada da forma “a”,

---

<sup>68</sup> Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, p.p. 275-278.

<sup>69</sup> *Jurisdição constitucional*, p. 277.

<sup>70</sup> (STF-ADI 1109/TO, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 11.05.2007 e publicado no Diário de Justiça do dia 16.08.2007). Encontrável em <http://www.STF.JUS.br>). Acesso em 06.12.2010.

deixando com isso entrever que outra interpretação poderá levar a novo questionamento sobre a constitucionalidade desta mesma norma.

Ao escrever sobre o tema, André Ramos Tavares<sup>71</sup> sublinha que na interpretação conforme a Constituição o Tribunal limita, reduz mesmo, o âmbito de aplicação da norma, o que implica mesmo dizer que a Corte indica de que forma a norma deve ser aplicada para ser tida por conforme com a Constituição.

De suma importância é assentar, neste particular, que na declaração conforme a Constituição a Corte não declara a inconstitucionalidade da norma sindicada, mas tão somente indica qual(ais) a(s) interpretação(ões) que não ofende(m) a Carta Política. A observação aqui registrada é de capital importância para a compreensão da temática, porquanto é justamente esse detalhe que vai diferenciar a declaração conforme a Constituição da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, visto que nesta, ao contrário daquela, o Tribunal indica em qual(ais) hipótese(s) a norma investigada será entendida por inconstitucional.

Exemplo de interpretação conforme a Constituição pode ser auferido no julgamento que o Supremo Tribunal Federal proferiu em recurso extraordinário proveniente do Estado do Paraná, oportunidade na qual o colegiado assentou que fora reconhecida a constitucionalidade da Medida Provisória 2.180-35/2001, com interpretação conforme, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública<sup>72</sup>. Outro exemplo de aplicação dessa técnica de decisão pode ser colhido nas razões que fundamentaram a decisão proferida em um *Habeas Corpus* oriundo do Estado do Amazonas, hipótese na qual o Ministro Relator deixou anotado que entendia não ser caso de declaração de

---

<sup>71</sup> *Curso de direito ...*, op. cit., p.264.

<sup>72</sup> (STF-RE 420.816/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 21.03.2007 e publicado no Diário de Justiça do dia 26.04..2007). Encontrável em <http://www.STF.JUS.br>). Acesso em 06.12.2010.

inconstitucionalidade da norma, mas sim de declaração conforme a Constituição<sup>73</sup>.

Ao se proceder ao exame dos conceitos de interpretação conforme a Constituição e de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, não se deve perder de vista, porque oportuno, as observações lançadas por Gilmar Ferreira Mendes<sup>74</sup> no sentido de que durante longa data a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminhou no sentido de igualar esses dois tipos específicos de decisões<sup>75</sup>, posicionamento esse que vem sendo alterado gradativamente em ordem a entender que os tipos decisórios citados são distintos<sup>76</sup>, sendo certo que no segundo deles há efetiva

---

<sup>73</sup> (STF-HC 83.868, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 17.00.2009 e publicado no Diário de Justiça do dia 08.10..2009). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 06.12.2010.

<sup>74</sup> Eis as palavras do citado Autor: “Ainda que não possa negar as semelhanças dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme à Constituição, se tem, dogmáticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal”. Mais adiante registra: “Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão (*a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro*)”. (*Jurisdição Constitucional*, p.p. 286-287).

<sup>75</sup> Colhe-se de alguns julgados que os termos interpretação parcial sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição eram utilizados para justificar uma mesma pronúncia do Supremo Tribunal Federal, tal qual se pode constatar pela seguinte ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: REAJUSTE: 3,17%. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001. PARCELAMENTO DOS ATRASADOS: MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001, ART. 11. I. - O direito dos servidores ao índice residual de 3,17% foi reconhecido pela Administração: Medida Provisória 2.225-45/2001. II. - Parcelamento dos valores devidos até 31.12.2001, que passam a ser considerados passivos: Medida Provisória 2.225-45/2001, art. 11. Esse parcelamento, assim previsto, se for considerado de aceitação compulsória por parte do servidor público, é inconstitucional. É que dependeria ele do assentimento do servidor. No caso, incorre a anuência do servidor. III. - Declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 11 da Medida Provisória nº 2.225-45/2001, mediante interpretação conforme, de modo a excluir do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto. IV. - Recurso extraordinário conhecido e improvido. Vale transcrever, para maiores esclarecimentos, o que anotado pelo Ministro Sepúlveda Pertence neste julgamento: “De minha parte, resolvo-a mediante “*interpretação conforme*” e declaro a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 11 da MPr 2225-45/01, de modo a excluir do seu alcance as hipótese em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto no dispositivos”. (STF-RE 401436/GO, Relator Ministro Carlos Veloso, julgado em 31.03.2004, e publicado no Diário de Justiça do dia 03.12.2004).

<sup>76</sup> O Autor assim aborda o tema: “Tudo indica, pois, que, gradual e positivamente, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da posição inicialmente fixada, que equiparava simplesmente a



declaração de inconstitucionalidade da norma, com a conseqüente proclamação de procedência da ação correlata, o mesmo não ocorrendo na declaração conforme, tipo decisório que comporta julgamento improcedente do feito<sup>77</sup>.

#### 1.4.4. Inconstitucionalidade direta ou indireta

A incompatibilidade da lei com a Constituição pode dar-se de forma direta ou de forma indireta. Ocorre a primeira quando do próprio texto da norma se pode verificar o confronto desta com o texto constitucional. A segunda faz-se presente quando o texto da norma choca-se, não com o texto constitucional, mas com a norma que dele deriva. A locução inconstitucionalidade direta quer aqui significar, portanto, choque de texto com texto, não de norma com o texto<sup>78</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>79</sup> ensina que o Tribunal pode considerar inconstitucional apenas uma determinada hipótese de aplicação da lei, sem, contudo, proceder à alteração do seu programa normativo. Relembra ainda que o texto, construído que é de forma ampla e geral, contém um complexo de normas, sendo que uma - ou mais - dessas normas pode ser considerada inconstitucional. Marcelo Neves, ao discorrer sobre a temática, assenta que a inconstitucionalidade direta deriva da incompatibilidade da lei com a norma constitucional expressa, enquanto que a indireta advém da incompatibilidade com a norma constitucional implícita<sup>80</sup>.

Importante não deixar passar em branco que a incompatibilidade reflexa, entendida como aquela que reclama outro ato legislativo entre a norma sindicada e a Constituição, não pode ser confundida

---

interpretação conforme à Constituição à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto" (*Jurisdição Constitucional*, p. 288).

<sup>77</sup> Nesse sentido, vale conferir o que lançado por José Levi Mello do Amaral Júnior (*Incidente de arguição de Inconstitucionalidade*, p.p. 101 e 107).

<sup>78</sup> Impende consultar, para maiores esclarecimentos sobre o tema, A. C. Lúcio Bittencourt (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 87.)

<sup>79</sup> *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 277.

<sup>80</sup> *Teoria da inconstitucionalidade ...*, op. cit., p.p. 124-126.

com a declaração de inconstitucionalidade indireta. Marcelo Neves<sup>81</sup> destaca, nesse particular, que essa hipótese não é de inconstitucionalidade, antes de ilegalidade. Esse, alias, é o entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal, tal qual se pode auferir pela leitura de parte da súmula nº 636, cuja redação deixa explícito não caber recurso extraordinário quando a verificação da incompatibilidade da norma com a Constituição pressupor rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais.

#### **1.4.5. Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão**

O legislador pode editar leis que se confrontam com mandamentos constitucionais. Também podem ser editados atos normativos do poder público que sejam violadores dessas mesmas normas constitucionais. Pode ainda o legislador ou responsável pela edição do ato do poder público deixar de editar as leis (legislador) ou os atos (administrador) exigidos pelo constituinte como necessários à concretização de um determinado direito. Na primeira hipótese, tem-se a inconstitucionalidade por ação; na segunda, a inconstitucionalidade por omissão. Naquela, o ato pode ser atacado por meio de ação direta de inconstitucionalidade por ação, na via concentrada, ou por arguição de inconstitucionalidade, na via difusa. Nesta, o remédio processual adequado é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no debate concentrado, e o mandado de injunção, no debate difuso.

Ao tratar o tema, Luis Roberto Barroso<sup>82</sup> remete o leitor à reflexão de ser possível afrontar a Constituição quando se pratica ou quando se deixa de praticar uma determinada conduta. Percorrendo essa trilha, o autor registra ser possível “violiar a Constituição praticando um ato que ela interditava ou deixando de praticar um ato que ela exigia”. Diz mais que emerge justamente daí a possibilidade de violação da Constituição por via de ação ou por via de omissão, sendo que nesta há um não fazer e naquela um fazer. Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>83</sup>, ao lembrar que o controle de

---

<sup>81</sup> *Ibidem*

<sup>82</sup> *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 30.

<sup>83</sup> *Curso de direito constitucional*, p.p. 34-35.

constitucionalidade nada mais é que a verificação da adequação de um ato jurídico à Constituição, faz questão de registrar a existência de normas constitucionais exeqüíveis e ineqüíveis, lembrando que nestas se exige uma complementação para a sua eficácia, sendo tal dispensável para a eficácia daquelas. Ao depois, o autor sentencia que “a inconstitucionalidade por omissão consistiria em o legislador ou o administrador não complementarem, por omissão ou inação, a norma não imediatamente exeqüível, descumprindo assim o mandamento constitucional”.

Deve-se, pois, entender que a inconstitucionalidade por ação é própria das normas de eficácia imediata, ao tempo em que a inconstitucionalidade por omissão habita o campo das normas de eficácia contida, ou seja, aquelas que demandam complementação por outro ato a ser praticado pelo Poder Legislativo ou pelo agente do poder público<sup>84</sup>.

#### **1.4.6. Inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente**

A incompatibilidade da norma com a Constituição pode ser verificada de pronto, vale dizer, a inconstitucionalidade existe desde o momento em que a norma ingressa no mundo jurídico. Pode, todavia, ocorrer que essa incompatibilidade da norma somente venha a se verificar ao depois de um determinado tempo de sua vigência. No primeiro caso, classifica-se a inconstitucionalidade como originária; no segundo, como superveniente.

Relativamente à incompatibilidade na publicação ou posteriormente a esta, a questão que se coloca reside justamente em saber como uma norma pode vir a ser considerada inconstitucional tendo sido considerada constitucional por um determinado período. Sem ingressar no problema da nulidade ou da anulabilidade da norma tida por inconstitucional,

---

<sup>84</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco enfrentam a temática utilizando-se do termo normas executáveis e não auto-executáveis (*Curso de direito...*, op. cit., p. 20). José Afonso da Silva refere-se à eficácia plena, quando trata das normas constitucionais sobre a liberdade (*Curso de direito...*, op. cit. p. 242).

porquanto o Supremo Tribunal Federal, após a entrada em vigor da lei 9.868/99, passou a admitir a modulação dos efeitos da sentença e bem assim outras técnicas já referidas de decisão (sem redução de texto, conforme a Constituição), o certo é que uma das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade, qual a declaração de incompatibilidade sem pronúncia de nulidade, possibilita que tal situação venha a ocorrer. Assim é que poderá o Tribunal, como já o fez mais de uma vez, vir a dizer que uma lei será considerada constitucional por um determinado tempo, sendo tida por inconstitucional quando superada esta fase. Exemplo recente da ocorrência desta hipótese foi ofertado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de tema relacionado à criação de Municípios, oportunidade na qual se decidiu pela procedência da ação direta, mas sem declarar a pronúncia de nulidade pelo prazo de 24 meses<sup>85</sup>.

Cabe aqui lembrar que, no tocante às normas anteriores à Constituição parâmetro, prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que nesta hipótese de sindicância a questão não há de ser solvida com base na teoria da inconstitucionalidade das normas, mas sim com amparo na teoria da não-recepção das mesmas. Nesse sentido, vale registrar o que contido no acórdão que decidiu o recurso extraordinário nº 387.271/SP, quando restou ratificado o entendimento segundo o qual “o conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não-recepção, não cabendo a comunicação ao Senado, tal como previsto no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal”.

Há ainda que se sublinhar, ao fim, que é admitida pela doutrina pátria a inconstitucionalidade superveniente por mudanças ocorridas nas relações fáticas ou na interpretação constitucional<sup>86</sup>. Essa tese, contudo, é por demais polêmica, à razão de que nem toda viragem jurisprudencial pode ser considerada como mudanças nas relações fáticas, a qual deve aqui ser

---

<sup>85</sup> (STF-ADI 2240, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 09.05.2007 e publicado no Diário de Justiça do dia 02.08.2007). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 06.12.2010.

<sup>86</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de ...*, op. citi, p. 972.

entendida como mudanças de princípios, jamais como simples mudanças de entendimentos jurídicos.

### 1.5. Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro: Conceito

Ao regular desenvolvimento deste Capítulo, faz-se imprescindível destacar que o controle de constitucionalidade é o instituto jurídico-constitucional através do qual se interpreta a Constituição<sup>87</sup>, na razão de que por meio dele se opera a verificação de compatibilidade vertical e horizontal de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal com os preceitos postos na Constituição<sup>88</sup> Federal.<sup>89</sup>

Diz-se que o controle de constitucionalidade é vertical quando o confronto se estabelece entre lei ou ato normativo e a Carta Política<sup>90</sup>. Horizontal<sup>91</sup> será a verificação de compatibilidade quando a norma cotejada com a Lei Maior for uma Emenda<sup>92</sup> Constitucional<sup>93</sup>.

---

<sup>87</sup>Sobre a importância do controle de constitucionalidade como meio de interpretação da Constituição, Mauro Cappelletti assinalou que a grande novidade do constitucionalismo moderno reside na “tentativa de transformar a imprecisão e a imóvel estaticidade daquelas fórmulas e a inefetividade daquela prevalência em uma efetiva e dinâmica e permanente “concretização”, através da obra de um interprete qualificado - o juiz, ou nos sistemas mais recentes, o especial juiz constitucional” (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 12).

<sup>88</sup> No entender de J.J. Gomes Canotilho, a “instituição da fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Estado constitui, nos modernos Estados constitucionais democráticos, um dos mais relevantes instrumentos do controle e cumprimento das normas constitucionais”. Assenta ainda o autor que a fiscalização da constitucionalidade apresenta-se tanto de forma negativa como positiva. Esta, como garantia de observância da Constituição; aquela, como meio de evitar a sua violação por normas de hierarquia inferior. (*Direito constitucional e teoria ...*, op. cit., p. 888).

<sup>89</sup> No Brasil, a mesma regra há de ser considerada quando se tratar de Constituições Estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal. A referência a Constituição neste trabalho dirá sempre com a Carta Política Federal. Sobre o controle de constitucionalidade nos estados e no Distrito Federal, sugere-se a consulta a obra de Léo Ferreira Leoncy (*Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata do Estado-membro*).

<sup>90</sup> Nesse sentido, vale registrar que Marcelo Neves assentou que a incompatibilidade vertical da norma com a Constituição pressupõe a sua inconstitucionalidade (*Teoria da inconstitucionalidade ...*, op. cit. p. 74).

<sup>91</sup> A expressão *inconstitucionalidade horizontal* será utilizada nesta Dissertação como sendo aquela na qual a norma confrontada com a Carta Política não é de *status* infraconstitucional, mas sim uma Emenda Constitucional, vale dizer: norma de *status* também constitucional

<sup>92</sup> Konrad Hesse e Peter Häberle fazem referência à possibilidade de controle de normas que operaram reforma constitucional, reconhecendo que as mesmas devem ser enquadradas como leis em sentido formal (*Estúdios sobre La jurisdicción constitucional*, p. 14).

<sup>93</sup> Discorrendo sobre a incompatibilidade de emenda Constitucional com a Constituição, o Ministro Celso de Mello, quando lançou seu voto na *ADI 939-9*, deixou assentado que não se pode “perder de vista que as emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis,

À possibilidade de uma Corte de Justiça promover a verificação de compatibilidade da norma legal com a Constituição teve origem nos Estados Unidos da América do Norte na oportunidade do famoso julgamento do caso *marbury vs. madison*<sup>94</sup>, quando o Juiz Marshall, então membro da Suprema Corte, resolveu proclamar a supremacia da Constituição norte-americana, declarando que, naquele caso específico, a norma de regência não se conformava com os preceitos inscritos na Carta Política, modo por que o conflito de interesse deveria ser composto com o prevalecimento desta (Constituição)<sup>95</sup>.

No direito estadunidense, o controle de constitucionalidade não está previsto na Constituição. É feito de maneira concreta. Tem por base sempre um direito subjetivo possivelmente violado. Neste sistema<sup>96</sup> de fiscalização de normas, a questão chega à Suprema Corte sempre por vias indiretas<sup>97</sup>.

Existe também o modelo concentrado de controle constitucionalidade, no qual não se parte de um caso específico, que envolva direito subjetivo. Neste modelo, o conflito entre normas legais e a Constituição é levado diretamente a uma Corte especial<sup>98</sup>. O modelo concentrado de

---

também elas, com o texto da constituição a que aderem". Seguindo esta esteira de pensamento e tendo em linha de consideração o fato de que o Supremo Tribunal Federal, de há muito, consagrou a possibilidade de sindicância de Emendas Constitucionais (STF, 1993, ADI/939), é que se ousa classificar como horizontal a inconstitucional que se verifica quando reconhecida a incompatibilidade de Emenda Constitucional com a Constituição.

<sup>94</sup> Relembre-se que Mauro Cappelletti faz referências ao fato de que a teoria da supremacia de determinadas leis sobre outras já existia em outros e mais antigos sistemas jurídicos, conquanto nesta época inda não se pudesse falar em Constituição escrita. O referido autor cita como exemplos o modelo vigente à época da grande civilização ateniense (*O controle judicial de...*, .op. cit., p.p. 48-50). Ainda sobre o surgimento do controle de constitucionalidade, sugere-se a leitura das observações feitas por Ronaldo Poletti, (*Controle de constitucionalidade das leis*, p.p. 02-20).

<sup>95</sup> De forma clara e objetiva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho resume, com a grandeza que lhe é peculiar, a história do surgimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América. (*Curso de direito constitucional*, p. 34).

<sup>96</sup> Registre-se que o sistema de fiscalização de normas estadunidense só prevê o modelo difuso de controle de constitucionalidade.

<sup>97</sup> Nesse rumo, as lições de Paulo Bonavides quando aborda a temática com precisão (*Curso de direito constitucional*, p.p. 311-316).

<sup>98</sup> Discorrendo sobre o tema, Konrad Hesse e Peter Häberle assentam que o caso envolve a chamada ação abstrata de inconstitucionalidade, por via da qual se leva a cabo um controle de compatibilidade com a constituição de uma norma em abstrato, sem conexão alguma com um

controle de constitucionalidade, classificado como processo objetivo, tem origem austríaca, idealizado que foi pelo professor Hans Kelsen<sup>99</sup>.

Destacada deve ser a peculiaridade de que, no Brasil, o controle de constitucionalidade não é privativo do Poder Judiciário, porquanto também pode ser ele exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo. Assim é que razão existe para se classificar o *sistema*<sup>100</sup> de fiscalização de normas brasileiro como sendo do tipo *misto*<sup>101</sup>, vale dizer: admite os *métodos*<sup>102</sup> preventivo e repressivo, sendo que este último comporta os *modelos*<sup>103</sup> difuso e concentrado.

---

caso concreto, que pode existir ou não. Diz mais que se trata de um procedimento objetivo, não contraditório, (*Estúdios sobre la...*, op. cit., p. 12).

<sup>99</sup> Nesse sentido, vale conferir o que dizem os professores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (*Curso de ...*, op. cit., p. 957 e seguintes).

<sup>100</sup> Sublinhe-se que a expressão *sistema* será utilizada neste Capítulo como indicativa do conjunto de *métodos* e *modelos* ofertados pelo legislador constituinte para se levar a cabo o controle de constitucionalidade no Brasil.

<sup>101</sup> Deve-se compreender a expressão "*misto*" como indicativa de um sistema que admite, não só a fiscalização judicial, mas também a fiscalização política exercida na via do controle preventivo. Nesse sentido, vale consultar as lições de Ronaldo Polletti quando salienta que os sistemas de controle de constitucionalidade das leis podem ser classificados em político, jurisdicional e misto, acrescentando que no primeiro a missão é confiada ao órgão político, que poderá ser o Poder Legislativo, o Poder Executivo ou mesmo um órgão especial (França); no segundo (jurisdicional) a função é exercida pelo Poder Judiciário (EUA). O autor cita o sistema brasileiro como sendo do tipo misto, porquanto comporta os modelos difuso e concentrado de controle da constitucionalidade das leis (*Controle de constitucionalidade...op. cit.*, p.p 56-57). Às anotações feitas por Ronaldo Poletti, acrescento, com as mais respeitadas homenagens, que não só o modelo brasileiro é misto, antes também o seu sistema, o qual admite tanto o controle político da constitucionalidade (controle preventivo) quanto o controle jurídico (repressivo). Ainda sobre a classificação mista do modelo (concentrado e difuso) de constitucionalidade brasileiro, vale conferir Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, quando definem o conteso institucional do controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro (*Curso de ...*, op. cit., p. 1007).

<sup>102</sup> Cumpre destacar que a expressão *método* será utilizada neste Capítulo como indicativa da maneira de proceder à efetivação do controle de constitucionalidade, ou seja: procede-se preventivamente (Poderes Executivo e Legislativo) ou procede-se repressivamente (Poder Judiciário). Mais adiante serão apontadas as exceções nestes métodos.

<sup>103</sup> Anote-se que a expressão *modelo* será utilizada neste Capítulo como indicativa da forma através da qual se efetiva o controle de constitucionalidade, vale dizer: *modelo* concentrado, cuja competência é restrita aos tribunais estaduais (controle estadual) e ao Supremo Tribunal Federal (controle federal) e *modelo* difuso, cuja competência é dada a qualquer juiz ou Tribunal, podendo o tema ser alçado ao Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário.

### 1.5.1. Controle de Constitucionalidade de Método Preventivo

O controle de constitucionalidade de *método* preventivo é aquele que se realiza antes da sanção da lei<sup>104</sup>. No atual *sistema* constitucional brasileiro, esse *método* de controle<sup>105</sup>, no mais das vezes<sup>106</sup>, é feito pelo Poder Legislativo - por meio das Comissões de Constituição e Justiça -, e pelo Poder Executivo - na oportunidade da sanção - mediante a oposição de veto total ou parcial<sup>107</sup>.

Não se pode deixar de registrar, neste particular, que a concessão de provimento judicial impedindo a tramitação de Propostas Legislativas, embora seja controle judicial, não político, constitui método de controle preventivo de constitucionalidade pelo Poder Judiciário<sup>108</sup>.

### 1.5.2. Controle de Constitucionalidade de Método Repressivo

O controle de constitucionalidade de *método* repressivo<sup>109</sup> é aquele que é feito, via de regra, pelo Poder Judiciário<sup>110</sup> e pode verificar-se pelos *modelos* concentrado e difuso.

<sup>104</sup> Este o ensinamento de J.J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria ...*, op. cit., p. 901).

<sup>105</sup> Embora exista exceção (provimento judicial impedindo a tramitação de propostas legislativas), o controle preventivo é essencialmente político. Nesse rumo, considerando a peculiaridade do sistema brasileiro, impende consultar Ronaldo Poletti (*Controle de constitucionalidade...op. cit.*, p. 587).

<sup>106</sup> De lembrar-se ainda que esse tipo de controle não tem lugar na via direta, tal como ressaltado pelo Ministro Celso de Mello quando relatou a *ADIn nº 466/DF*

<sup>107</sup> Ainda do Professor Celso Agrícola Barbi a observação de que o controle preventivo, mediante sanção, é parcial, limitado, à razão de que pode o veto apostado pelo Chefe do Executivo ser derrubado posteriormente pelos membros do Poder Legislativo respectivo (*Ação declaratória de inconstitucionalidade*, p. 143).

<sup>108</sup> Nesse sentido a jurisprudência reafirmada no julgamento da medida cautelar em mandado de segurança, cuja Emenda é a seguinte: EMENTA: I. Emenda constitucional: limitações materiais ("cláusulas pétreas"); controle jurisdicional preventivo (excepcionalidade); a proposta de reforma previdenciária (PEC 33-I), a forma federativa de Estado (CF, art. 60, § 1º) e os direitos adquiridos (CF, art. 60, § 4º, IV, c/c art. 5º, 36): alcance das cláusulas invocadas: razões do indeferimento da liminar. II. Mandado de segurança: pedido de liminar: possibilidade de sua submissão ao Plenário pelo relator, atendendo a relevância da matéria e a gravidade das conseqüências possíveis da decisão (STF-MS 23.047 MC/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 11.02.1998 e publicado no Diário de Justiça do dia 14.01.2003). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 06.12.2010. Vale ainda consultar a decisão proferida segundo Mandado de Segurança (STF-MS 24.138/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 28.11.2002 e publicado no Diário de Justiça do dia 14.03.2003). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 06.12.2010

<sup>109</sup> Cumpre registrar que J.J.Gomes Canotilho faz referência ao controle de constitucionalidade sucessivo, assim entendido aquele em que a fiscalização se opera quando a lei ou o ato



Nota que deve ser feita neste ponto é a de que é dado ao Poder Legislativo brasileiro exercer também o controle repressivo de constitucionalidade em duas hipóteses especialíssimas, quais sejam: mediante não conversão de medida provisória em lei, caso a considere inconstitucional; ou mediante publicação de decreto legislativo que vise a sustar os efeitos de ato normativo do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Estas hipóteses são tidas como de controle repressivo, porquanto a verificação de compatibilidade opera-se sobre diplomas normativos que já se encontram em vigor, a despeito de poderem ser rejeitados ou revogados pelo Poder legislativo

No regime europeu, existe a possibilidade de controle repressivo por órgãos especiais não pertencentes ao Poder Judiciário. São os chamados Tribunais Constitucionais, sendo exemplos os da Áustria (1920), da Espanha (1931), da Itália (1947) e da Alemanha Federal (1949)<sup>111</sup>.

No *modelo* concentrado<sup>112</sup> de controle de constitucionalidade, o qual poderá operar-se pelas *vias*<sup>113</sup> abstrata e concreta<sup>114</sup>, a norma é o objeto principal da demanda, o que equivale mesmo a

---

normativo já estiver perfeito, acabado e gozando de eficácia (*Direito constitucional e teoria ...*, op. cit., p. 901).

<sup>110</sup> Conquanto comporte exceção (rejeição de medida provisória), o controle repressivo é essencialmente judicial. Nesse rumo, sugere-se a leitura de Ronaldo Poletti (*Controle de constitucionalidade...op. cit.,* pp. 47-58).

<sup>111</sup> Os exemplos são ofertados por Ronaldo Poletti, o qual registra que, após a primeira grande guerra, alguns países passaram a adotar um caminho intermediário, ou seja: criação de um órgão especial, não pertencente ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário, mas investido de um caráter constitucional próprio e de uma natureza jurídico-político (*Controle de constitucionalidade...*, op. cit., 63). No mesmo sentido, vale consultar Clèmerson Merlin Clève (*A fiscalização abstrata de normas.* p.p 47-50).

<sup>112</sup> Ao tratar o tema J. J. Gomes Canotilho assinala que o termo concentrado advém da competência reservada a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros, para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis (*Direito constitucional e teoria ...*, op. cit. p. 898).

<sup>113</sup> A expressão *via* será utilizada neste Capítulo como indicativa do elemento que deu causa ao controle de constitucionalidade, ou seja: elemento objetivo (hipótese de causa nascida de um caso concreto) ou elemento subjetivo (hipótese que dispensa a existência de um caso concreto).

<sup>114</sup> Nunca se deve esquecer que no sistema brasileiro têm-se como exemplos de controle concentrado e concreto a ação interventiva e a ação de descumprimento de preceito fundamental.

afirma que, nestas *vias*, o que se busca é a efetiva verificação de compatibilidade da norma com a Constituição Federal<sup>115</sup>.

No *modelo* difuso de controle<sup>116</sup> de constitucionalidade, nomeado ainda como de exceção ou incidental<sup>117</sup>, o que comanda o pronunciamento do Tribunal é a existência de uma lide para cuja composição faz-se imprescindível a manifestação incidental sobre a conformação da norma que suporta a relação jurídica com os preceitos da Carta Política<sup>118</sup>.

Nota importante a ser feita nesta oportunidade diz com o fato de o *sistema* de controle de constitucionalidade adotado no Brasil permitir seja feita a análise de um caso concreto no *modelo* concentrado e bem assim a pronúncia<sup>119</sup> abstrata no *modelo* difuso. Exemplo da primeira hipótese verifica-se no julgamento de ação de descumprimento de preceito fundamental<sup>120</sup>, cuja competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conquanto o fato que tenha dado ensejo à ação seja concreto. Exemplo da segunda hipótese colhe-se no julgamento efetuado pelo pleno ou pelos órgãos especiais dos tribunais<sup>121</sup> nas vias recursais, visto que nestes casos (julgamentos) as pronúncias derivam da verificação de compatibilidade da norma com a Constituição, sem que se avalie, em verdade, o caso concreto motivador do julgamento<sup>122</sup>.

---

<sup>115</sup> Nesse sentido, vale conferir o que exposto por Konrad Hesse e Peter Häberle (*Estúdios sobre la...*, op. cit., p.p. 12-14).

<sup>116</sup> *Ibidem*

<sup>117</sup> Sobre o tema, J.J. Canotilho deve ser consultado (*Direito constitucional e teoria ...*, op. cit., p.p. 897-901).

<sup>118</sup> *Ibidem*

<sup>119</sup> O termo *pronúncia* será utilizado nesta Dissertação como indicativo do resultado do julgamento feito pelos plenos ou pelos órgãos especiais dos tribunais, quer no *modelo* difuso, quer no concentrado.

<sup>120</sup> Ação essa prevista no § 1º do art. 103 da Constituição Federal, *verbis*: § 1.º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

<sup>121</sup> Aqui incide a regra da reserva de plenário, assim definida pelo art. 97 da Constituição: somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>122</sup> Esse tema será enfrentado mais detalhadamente no Quarto Capítulo desta dissertação.

## 1.6. Conclusões

Sendo esse o quadro e tendo em linha de consideração que a Constituição é o estatuto definidor da estrutura do Estado e dos direitos e garantias fundamentais, pode-se então afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é do tipo múltipla, a qual engloba, além da essência constitucional, comandos meramente formais.

Ainda seguindo essa trilha de pensamento, sobressaiu límpido que deve ser considerada constitucional a norma jurídica construída em conformidade com os reclames formais e materiais da Carta Política, sendo, lado outro, de ser tida por inconstitucional a norma jurídica que se revele incompatível, vertical ou horizontalmente, com a Constituição Federal, quer por ofensa aos seus princípios e regras, quer por violação do procedimento necessário à sua (norma) construção.

A mais importante conclusão que se pode extrair desse Capítulo, contudo, é a de que a inconstitucionalidade, seja vertical ou horizontal, seja formal ou material, seja total ou parcial, seja direta ou indireta, seja originária ou superveniente e, finalmente, seja por ação ou por omissão, para ter resultado prático, há que ser declarada por um dos órgãos competente para fazê-lo, com a observância de um procedimento específico, podendo se operar tal reconhecimento de incompatibilidade pelos métodos preventivo e repressivo, sendo que neste último caso a pronúncia de inconstitucionalidade pode fazer-se pelos modelos difusos e concentrado e ainda pelas vias abstrata e concreta.

Essas pequenas digressões relativas ao conceito de Constituição, às suas diferentes classificações, à definição de inconstitucionalidade na suas variadas modalidades e aos *métodos, modelos e vias* de fiscalização de normas são de fundamental importância para que se possa compreender como a prevalência dos *precedentes*, a atuação do Supremo Tribunal Federal como órgão de controle de sentenças e atos normativos e a obsolescência da atuação do Senado Federal contribuíram

decisivamente para a formação de um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

## Capítulo 2

### Antecedentes Históricos à Compreensão do Tema: Evolução do Controle de Constitucionalidade no Direito Constitucional Brasileiro

#### 2.1. Considerações Preliminares

O presente Capítulo tem por objetivo ressaltar o caminhar do controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro, de modo a demonstrar como foi construído o atual *sistema*<sup>123</sup> de fiscalização de normas no Brasil<sup>124</sup>, e, para além disso, destacar qual a tendência de evolução da interpretação constitucional nestas bandas, especialmente no *modelo*<sup>125</sup> difuso de controle.

Dentro dessa quadra teórica, o Capítulo foi estruturado tendo por horizonte uma abordagem que parte da Constituição do Império, passa pelas Constituições 1891, 1934, 1937, 1946, Emenda Constitucional nº 16/65, Constituição Federal de 1967, Emendas Constitucionais nº 01/1969 e nº 07/1977 e pela Constituição de 1988, incluídas as Emendas Constitucionais nº 03/93 e nº 45/04.

Fazer, enfim, uma abordagem de como a interpretação constitucional, revelada no Controle de Constitucionalidade<sup>126</sup>, caminhou ao longo da história do Direito Constitucional brasileiro é o objetivo maior do presente Capítulo.

---

<sup>123</sup> O termo *sistema* será utilizado neste Capítulo com o mesmo sentido lançado no Capítulo anterior, é dizer: como conjunto no qual estão reunidos todos os *métodos* e *modelos* adotados no controle de constitucionalidade exercido n Brasil.

<sup>124</sup> Registre-se que J.J Gomes Canotilho refere-se a sistema de fiscalização quando trata do controle de constitucionalidade em Portugal (*Direito constitucional e teoria...*, op. cit., 903).

<sup>125</sup> O termo *modelo* será utilizado neste Capítulo com o mesmo sentido lançado no Capítulo anterior, ou seja: como indicativo da forma através da qual se efetiva o controle de constitucionalidade, vale dizer: *modelo* concentrado, cuja competência é restrita aos tribunais estaduais (controle estadual) e ao Supremo Tribunal Federal (controle federal) e *modelo* difuso, cuja competência é dada a qualquer juiz ou Tribunal, podendo o tema ser alçado ao Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário.

<sup>126</sup> Relembre-se que para a abordagem do *modelo* difuso de constitucionalidade no Brasil faz-se necessário conhecer também a evolução do modelo concentrado de controle brasileiro.

## 2.2. Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1824

O controle de constitucionalidade no Direito constitucional brasileiro<sup>127</sup> tem sua primeira manifestação objetiva<sup>128</sup> com a outorga da Constituição Política do Império do Brasil, ocorrida em 25 de março de 1824<sup>129</sup>. A despeito de imposta pelo Imperador, a Carta de 1824 estabeleceu, em seu art. 15, inciso IX<sup>130</sup>, que seria de atribuição da Assembléia Geral a proteção da Constituição. É a partir desse comando constitucional, portanto, que são implantados os primeiros marcos necessários à construção da teoria que possibilitou, nestas bandas, o confronto de leis com a Constituição<sup>131</sup>.

Muito embora não se possa afirmar que nesta fase do constitucionalismo brasileiro deu-se início ao controle “judicial” da constitucionalidade<sup>132</sup>, não há como negar que é nesta cena político-jurídica que surge a primeira luz da teoria do controle de constitucionalidade no Brasil. Isso porque, neste período histórico, o Direito Constitucional brasileiro sofria grandes influências das escolas francesa e inglesa do Direito<sup>133</sup>, o que acabou

<sup>127</sup> Controle de constitucionalidade preventivo, porquanto exercido pelo próprio Poder Legislativo, qual poderia interpretar a norma.

<sup>128</sup> Relembre-se que, tal como afirmado por Paulo Bonavides, no ano de 1922, foi convocada, através de decreto de 3 de julho, uma Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, instalada no dia 03 de maio de 1823, no Rio de Janeiro, a qual foi posteriormente dissolvida pelo Imperador (*Curso de direito constitucional*, p. 362). Vale ainda registrar que, na linha do que sustentado por Paes de Andrade e Paulo Bonavides, o art. 26 do Anteprojeto que era debatido pela Assembléia estabelecia que “todas as leis existentes, contrarias à letra e ao espírito da presente Constituição, são de nenhum valor” (*História constitucional do Brasil*, p. 89).

<sup>129</sup> Luis Roberto Barroso oportunamente registra que a história do Direito Constitucional brasileiro nasce marcada pelo símbolo da outorga. (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 07).

<sup>130</sup> Eis a redação original do imperativo referido: “Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral: VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as. IX - Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação”.

<sup>131</sup> Escrevendo sobre o tema, Ronaldo Poletti assinala que no regime da Constituição de 1824 não se conferiu ao Poder Judiciário a competência para eventualmente recusar atos do Poder Legislativo (*Controle de constitucionalidade...* op. cit., p. 71).

<sup>132</sup> Não se deve esquecer que estamos a falar de controle de constitucionalidade nos moldes das escolas francesa e inglesa, razão pela qual não se há de imaginar a atuação do Poder Judiciário na sindicância dessas normas. Nesse sentido, o Professor Ronaldo Poletti, quando afirma que, àquele tempo, eram nítidas as influências européias, especialmente as francesas, modo pelo qual não havia, no Brasil, um controle judicial de constitucionalidade de leis ou atos normativos, porque não se aceitava que um dos “poderes” interferisse sobre outro, nulificando seus atos, significando tal intromissão como um efetivo desrespeito ao dogma revolucionário da separação dos poderes (*Controle da constitucionalidade ...*, op. cit., p. 07).

<sup>133</sup> O Professor Paulo Bonavides salienta que o caminhar do constitucionalismo brasileiro pode ser dividido em três fases históricas a saber: “a primeira vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo

por levar ao entendimento jurídico de que não se poderia admitir a possibilidade de controle dos atos legislativos por outro Poder que não fosse aquele que editara a norma sindicada<sup>134</sup>.

Sob a égide da Carta Política de 1824 cabia ao Poder Legislativo a guarda da Constituição e a missão de interpretar ou revogar leis, o que equivale a afirmar - ainda que não explicitamente cunhado naquela Constituição - competir àquele Poder, nos moldes das experiências francesa e inglesa, velar pela produção de leis conformes com os comandos constitucionais, sendo de sua missão, ainda, impedir a tramitação e a edição de normas contrárias aos preceitos constitucionais. É dizer: sob o manto da Constituição Imperial de 1824, conhecia-se no Brasil tão somente o controle de *método* preventivo de constitucionalidade das leis.

Não se deve perder de vista que a Constituição Imperial instituíra o Poder Moderador, via do qual estava reservado ao Imperador a dissolução do Poder Legislativo, modo por que o controle de constitucionalidade, àquele momento, sofria, também, direta influência do Poder Central, do Poder Moderador. Embora não se possa categoricamente afirmar que o Imperador detinha poder de controle de *método* repressivo sobre a constitucionalidade das leis no Brasil, não há como negar que, ao exercer o Poder Moderador, poderia ele controlar todo o plexo normativo em vigor. Não há, contudo, como entender-se o exercício do Poder Moderador como *método* de controle de constitucionalidade<sup>135</sup> repressivo.

O mesmo não pode ser dito quanto ao controle que exercia o Imperador no ato de sanção<sup>136</sup>. Está-se aqui a falar em poder de veto, via do

---

norte americano, e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do presente século” (*Curso de Direito constitucional...*, op. cit., p. 361).

<sup>134</sup> Nesse sentido, esclarece o Professor Clèmerson Merlin Clève caber “ao Poder legislativo, durante o Império, exercer a guarda da Constituição (art. 15. 9). Não havia, entretanto, na Constituição, uma palavra a respeito do modo como essa “guarda” seria exercida”. (*Fiscalização abstrata de ...*, op. cit., p. 64).

<sup>135</sup> Sobre controle de constitucionalidade e Poder Moderador, vale consultar Ronaldo Poletti (*Controle de constitucionalidade...*, op. cit. p. 73).

<sup>136</sup> Esses os imperativos necessários à compreensão da competência de sanção do Imperador: Art. 64. Recusando o Imperador prestar seu consentimento, responderá nos termos seguintes.

qual poderia o Imperador impedir que uma lei votada pelo Poder Legislativo entrasse em vigor, fato que dava ao Poder Moderador a clara feição de exercício de controle de *método* preventivo.

De suma importância é deixar assentado que, ao tempo de vigência da Constituição do Império, não se experimentou no Brasil o *método* de controle repressivo de constitucionalidade, até porque os ventos doutrinários que sopravam do Continente europeu formavam a então inabalável convicção de que só o Poder que faz a norma tem a legítima capacidade para revê-la.<sup>137</sup>

O certo é que, no período constitucional imperial, além dos ensinamentos europeus relativos à supremacia do parlamento, o Poder Judiciário estava sob o completo controle do Poder Moderador<sup>138</sup>, razão essa que explica a ausência de ambiente para a implantação do *método* de controle repressivo de constitucionalidade no Brasil, o qual somente ganhou corpo com os benfazejos ares que chegaram com a promulgação da Constituição de 1891.

A alvorada do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro deu-se, portanto, sob o *método* preventivo<sup>139</sup>, ancorado que foi esse nas linhas teóricas francesas e inglesas, segundo as quais, em homenagem ao

---

- O Imperador quer meditar sobre o Projecto de Lei, para a seu tempo se resolver - Ao que a Camara responderá, que - Louva a Sua Magestade Imperial o interesse, que toma pela Nação. Art. 65. Esta denegação tem effeito suspensivo sómente: pelo que todas as vezes, que as duas Legislaturas, que se seguirem áquella, que tiver approvedo o Projecto, tornem successivamente a apresental-o nos mesmos termos, entender-se-ha, que o Imperador tem dado a Sancção. Art. 66. O Imperador dará, ou negará a Sancção em cada Decreto dentro do um mez, depois que lhe for apresentado:

<sup>137</sup> Nesse sentido, as palavras de José Antônio Pimenta Bueno: "Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é que tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por tal modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurdo a que lhe desse" (*Direito público brasileiro e análise da constituição do Império*, p. 69).

<sup>138</sup> Confira-se Ronaldo Poletti (*Controle de constitucionalidade...*, op. cit., p.p 71-74).

<sup>139</sup> Não é demais lembrar, como fez Celso Agrícola Barbi, que o Supremo Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro à época da Constituição de 1824, não enveredou pelo caminho da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, qual acabou por criar o instituto do controle de constitucionalidade repressivo através de interpretação de textos sobre suas próprias funções (*Ação declaratória de...*, op. cit., p.146).



princípio da separação dos poderes, não se poderia aceitar que outro Poder<sup>140</sup> interpretasse a lei<sup>141</sup>.

### 2.3. Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1891

No ano de 1889, o Brasil deixa de ser império<sup>142</sup> e passa a ostentar a condição de República<sup>143</sup>. E nesse momento que surge a primeira manifestação normativa relativa ao controle de constitucionalidade repressivo brasileiro, qual o art. 58, § 1º, alíneas *a* e *b*, do Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, instrumento jurídico tal conhecido como Constituição<sup>144</sup> Provisória de 1890, através da qual foi admitida a possibilidade de o Poder Judiciário examinar a constitucionalidade de leis e atos do poder público.

---

<sup>140</sup> No Brasil vigorava uma exceção: o Poder Moderador

<sup>141</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, abordando o tema, salienta que os homens públicos do império encarregados da elaboração da Constituição de 1824 foram influenciados pelos doutrinadores políticos da Inglaterra e da França, sublinhando, ainda, que os juizes da época estavam pouco afeitos ao Direito Constitucional americano. (*A teoria das constituições rígidas*, p. 155).

<sup>142</sup> “Em 15 de novembro de 1889, Deodoro da Fonseca cerca o prédio do Ministério da Guerra e exige a renúncia do Visconde de Ouro Preto. Avisado, D. Pedro II volta de Petrópolis. Mas já estava decretado o fim da Monarquia e instituída a República Federativa dos Estados Unidos do Brasil”. (Texto extraído da página eletrônica Rui Barbosa Justiça e Memória, Projeto Memória, 150 anos). Encontrável em <http://www.projetomemoria.art.br/RuiBarbosa/index.htm>. Acesso em 09.09.2010.

<sup>143</sup> Juridicamente, a transformação do Brasil de Império em República operou-se por meio do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, via do qual foi a República proclamada. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.11.2010. Acesso em 09.09.2010.

<sup>144</sup> Eis a redação do dispositivo: Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I. Processar e julgar originária e privativamente: a) o Presidente da Republica nos crimes communs, e os Ministros de Estado nos casos do art. 51; b) os ministros diplomaticos, nos crimes communs e nos de responsabilidade; c) os pleitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros; d) os litigios e reclamações entre nações estrangeiras e a União, ou os Estados; e) os conflictos dos juizes ou tribunaes federaes entre si, ou entre esses e os dos Estados; II. Julgar, em gráo de recurso, as questões resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes, assim como as de que trata o presente artigo, § 1º, e o art. 60; III. Rever os processos findos, nos termos do art. 78. a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados. § 2º Nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes; e vice-versa, a justiça dos Estados consultará a jurisprudencia dos tribunaes federaes, quando houver de interpretar leis da União.

Em face da transitoriedade que revestiu o Texto Provisório<sup>145</sup> de 1890<sup>146</sup>, não há como considerá-lo como uma efetiva Constituição para fins históricos. Todavia, vale registrar que as idéias que sustentaram a construção desse instrumento jurídico indicaram o indiscutível desejo de mudanças de paradigmas, como se pode apurar pela leitura de seu preâmbulo<sup>147</sup>.

É também nesta etapa histórica do Direito Constitucional pátrio que surge o Decreto nº 848, de 11.10.1890, via do qual foi organizada a Justiça Federal no Brasil. Referido diploma normativo determinara, em seu art. 3º, que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis federais, a magistratura federal somente poderia intervir quando provocada pela parte. É nesse corpo normativo que se vai, de igual modo, encontrar a primeira regulação infraconstitucional<sup>148</sup> do tema controle de constitucionalidade relativo ao Supremo Tribunal Federal, tal qual retratado no seu art. 9º, letras “a” e “b”<sup>149</sup>. É, pois, neste ambiente<sup>150</sup>, que se consagra no Brasil a adoção do

---

<sup>145</sup> Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.11.2010.

<sup>146</sup> Registre-se que em 24.02.1891 veio ao mundo jurídico pátrio a primeira Constituição Republicana.

<sup>147</sup> O texto, tal como redigido, foi retirado da página eletrônica do Senado Federal: O Governo Provisório da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituido pelo Exercito e a Armada, em nome e com assenso da Nação, considerando a suprema urgência de acelerar a organização definitiva da Republica, e entregar no mais breve prazo possivel à Nação o governo de si mesma, resolveu formular sob as mais amplas bases democraticas e liberaes, de accordo com as lições da experiencia, as nossas necessidades e os principios que inspiraram a revolução a 15 de novembro, origem actual de todo o nosso direito publico, a Constituição dos Estados Unidos do Brazil, que com este acto se publica, no intuito de ser submettida à representação do paiz, em sua proxima reunião, entrando em vigor desde já nos pontos abaixo especificados.

<sup>148</sup> Relembre-se que o Decreto 510 foi conhecido como Constituição Provisória.

<sup>149</sup> Eis as redações de alguns dispositivos do referido Decreto 848/1890: Art. 1º A Justiça Federal será exercida por um Supremo Tribunal Federal e por juizes inferiores intitulados - Juizes de Secção. [...]. Art. 3º Na guarda e applicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte. [...] Art. 5º O Supremo Tribunal Federal terá a sua séde na capital da Republica e compor-se-ha de quinze juizes, que poderão ser tirados dentre os juizes seccionaes ou dentre os cidadãos de notavel saber e reputação, que possuam as condições de elegibilidade para o Senado. [...]. Art. 8º O Tribunal decidirá as questões affectas à sua competencia, ora em primeira e unica instancia, ora em segunda e ultima, conforme a natureza ou o valor da causa. Art. 9º Compete ao Tribunal: [...] Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contraria à validade de um tratado ou convenção, à applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario à Constituição, aos tratados e às leis

sistema de controle difuso e incidental vigente no Direito estadunidense<sup>151</sup>, revelando-se o predito Decreto como a primeira norma infraconstitucional a tratar do tema no Direito Constitucional brasileiro<sup>152</sup>.

Com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 1891, o Poder Moderador foi extinto. É neste momento que o Brasil transformar-se constitucionalmente<sup>153</sup> em República<sup>154</sup>, com a adoção da forma federativa de Estado e a implantação do sistema presidencialista de governo. A democracia representativa passa a ser bicameral, com o Senado Federal agora composto por representantes dos Estados. Eleva-se a organização da Justiça Federal e do Supremo Tribunal Federal ao patamar constitucional<sup>155</sup><sup>156</sup>, passando, então, a vigorar

federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de Lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, à validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou cláusula.

<sup>150</sup> Marcado por uma decisiva e intensa participação do mestre Rui Barbosa, declaradamente defensor da adoção do modelo de controle de constitucionalidade norte-americano pelo Brasil.

<sup>151</sup> Nesse sentido, o professor Celso Agrícola Barbi (*Ação declaratória de...*, op. cit..., p. 149).

<sup>152</sup> Nessa trilha, os ensinamentos precisos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*A teoria das ...*, op. cit., p. 156).

<sup>153</sup> Vale lembrar que o texto de 1890 foi provisório.

<sup>154</sup> O ato da Proclamação da República aconteceu no dia 15 de novembro de 1889 na praça da Aclamação (hoje Praça da República) na cidade do Rio de Janeiro, na época Capital do Império do Brasil. Foi um Golpe de estado liderado pelo Comandante Marechal Deodoro da Fonseca, que depôs o Imperador D. Pedro II. A Proclamação da República foi a ruptura com a Monarquia, que não contou com a participação popular, mas que era um anseio da classe média dos grandes centros urbanos que desejavam maior liberdade e participação nos assuntos políticos do país. (*Leões e cordeiros: exílio e símbolos*). Encontrável in <http://bethccruz.blogspot.com/2008/11/proclamao-da-repblica-exlio-e-smbolos.html>. Acesso em 14.09.2010. Aqui se pode ver concretizada a previsão de Ferdinand Lassalle segundo a qual quando a Constituição escrita não corresponde à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país. (*A essência da Constituição, 07*).

<sup>155</sup> Assim o art. 60 da Constituição de 1891. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.11.2010. Acesso em 09.09.2010

<sup>156</sup> Vale lembrar que a Constituição Imperial criou o Supremo Tribunal de Justiça, órgão máximo do Poder Judiciário à época, mas que esse órgão não tinha competência para dizer sobre a constitucionalidade das normas. Confirma-se nesse sentido os art. 163 e 164 da Constituição de então: Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir. Art. 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdicção, e competencia das Relações Provinciales.

constitucionalmente<sup>157</sup> o entendimento de que caberia ao Poder Judiciário o cumprimento da função de dizer se determinada lei estava em compasso com o que estabelecido pela Constituição Federal.

Agora, sob a forte influência do constitucionalismo norte-americano<sup>158</sup> e sob o manto de uma Constituição não-provisória, o Direito Constitucional brasileiro edita o seu primeiro comando de nível verdadeiramente constitucional pertinente ao controle repressivo de constitucionalidade<sup>159</sup> exercitável pelo Poder Judiciário, tal como inscrito no § 1º, letras “a” e “b”, do art. 59 daquela Carta Política, de cuja redação se pode extrair que competia ao Supremo Tribunal Federal examinar, em grau de recurso, questões nas quais houvesse contestação da validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição<sup>160</sup>.

Registre-se que as primeiras manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de leis foram tímidas<sup>161</sup>, o que levou o mestre Osvaldo Aranha Bandeira de Mello a afirmar existir, àquele tempo, dúvidas por parte dos próprios Membros da Corte Suprema quanto ao alcance da competência que lhes havia sido reservada para dizer sobre a constitucionalidade das leis. Essas dúvidas, segundo Osvaldo Aranha, foram

---

<sup>157</sup> O texto constitucional, neste momento, não mais é provisório.

<sup>158</sup> Segunda fase do constitucionalismo brasileiro, segundo Paulo Bonavides (*Curso de ...*, op. cit., p. 361).

<sup>159</sup> Relembre-se que o texto de 1890 foi provisório

<sup>160</sup> Eis a redação do dispositivo citado: Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originária e privativamente: a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52; b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade; c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros; d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados; e) os conflitos dos Juizes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juizes e Tribunais de um Estado com Juizes e Tribunais de outro Estado. II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juizes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60; III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81. § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. § 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União

<sup>161</sup> O Supremo Tribunal Federal ainda incorporando a missão de guardião da Constituição.

superadas após a publicação de estudos de Rui Barbosa sobre o tema<sup>162</sup>, pesquisas tais que acabaram por mostrar a força normativa dos imperativos constitucionais<sup>163</sup> que versaram a matéria, deixando indubitavelmente claro a indiscutível prerrogativa do Poder Judiciário para assim atuar<sup>164</sup>.

A despeito dos estudos de Rui Barbosa<sup>165</sup> e da clareza dos comandos constitucionais relativos ao controle de constitucionalidade repressivo, é também nesta época que vem ao cenário jurídico a Lei nº 221, de 1894, via da qual foi categoricamente reafirmado que aos juízes e aos tribunais estava reservada a missão de processar e julgar as causas relacionadas a lesões de direitos fundamentais<sup>166</sup> e individuais, por ato ou decisão da autoridade administrativa da União e, de igual modo, a validade das leis e dos regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição<sup>167</sup>. Em seu art. 9º, a referida lei deixou às escâncaras que aos juízes e tribunais competia apreciar a validade das leis e regulamentos, os quais deixariam de ser aplicados aos casos ocorrentes às leis manifestamente inconstitucionais e aos regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

---

<sup>162</sup> “Uma das mais significativas contribuições de Rui Barbosa à Constituição de 1891 foi atribuir ao recém-criado Supremo Tribunal Federal o controle sobre a constitucionalidade das leis e atos do Legislativo e Executivo. E, como o projeto constitucional não contemplava a garantia da liberdade do indivíduo em situações de violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder, Rui acrescentou-lhe o direito ao habeas-corpus. Assim, foi Rui Barbosa quem transformou o STF no guardião da Constituição e, em especial, dos direitos e liberdades individuais”. (Texto extraído da página eletrônica Rui Barbosa Justiça e Memória, Projeto Memória, 150 anos. Encontrável em <http://www.projetomemoria.art.br/RuiBarbosa/index.htm>). Acesso em 14.09.2010 .

<sup>163</sup> Confira-se estudos de Leda Bochat Rodrigues (*História do Supremo Tribunal Federal*, p.p. 37-38).

<sup>164</sup> Àquele tempo, afirmara Rui Barbosa que a inconstitucionalidade não se aduzia como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute. É dele também a assertiva de que o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política não se devia pleitear por ação direta ou principal (*Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, p. 82).

<sup>165</sup> Dizia Rui Barbosa em defesa do controle incidental de inconstitucionalidade: “Quando quer que se impugnarem medidas políticas, legislativas, executivas ou administrativas, num pleito legal, como causa próxima de uma lesão donde resulte dano, alegando-se que tais medidas não são autorizadas pelas leis do país ou as transgridem, esses actos se tornam sujeitos ao conhecimento da justiça” (*Collectanea juridica*, p. 165).

<sup>166</sup> Sobre o conceito de normas de direitos fundamentais, recomenda-se a leitura de Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, p.p. 50-76).

<sup>167</sup> A propósito, vale conferir Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*A teoria das ... op. cit...*, p. 157).

Importante salientar, ainda, que a Constituição de 1891 sofreu uma reforma em 1926<sup>168</sup>, reforma tal que veio emprestar maior clareza quanto à competência do Poder Judiciário brasileiro para promover o controle repressivo da constitucionalidade. Sobre essas alterações constitucionais, C. A. Lúcio Bittencourt asseverou que essa reforma deixou às claras a competência do Supremo Tribunal Federal para proceder à fiscalização de normas em face da Constituição Federal<sup>169</sup>.

Não se deve deixar passar em branco o registro de que, ao tempo da Constituição de 1891, foi o Supremo Tribunal Federal, sobretudo em *habeas Corpus* impetrados por Rui Barbosa, conclamado a se manifestar sobre direitos individuais, em especial sobre a legalidade de prisões levadas a efeito em 1892, por conta de manifestações populares contra o Presidente Floriano Peixoto, o qual assumira o Poder em substituição ao Presidente Deodoro da Fonseca<sup>170</sup>.

Contam os historiadores<sup>171</sup> que, nessa época, quando o Supremo Tribunal Federal se preparava para julgar um dos *Habeas Corpus* impetrado por Rui Barbosa em favor de pessoas que continuavam presas mesmo depois da cessação do Estado de Sítio anteriormente decretado por Sua Excelência, o Presidente teria então proferido a seguinte frase: *Se os Juízes do Tribunal concederem o Habeas Corpus aos políticos, eu não sei*

---

<sup>168</sup> Eis a parte da Emenda Constitucional de nº 03, de Setembro de 1926, encontrável no sítio oficial da Câmara dos Deputados, no que mais interessa para essa pesquisa: Substituam-se os arts. 59 e 60 da Constituição pelo seguinte: [...] § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas; c) quando dous ou mais tribunaes locaes interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador

<sup>169</sup> Assim se expressou A. C. Lúcio Bittencourt: "A reforma constitucional de 1926 tornou ainda mais claro que e explícito o princípio, facultando o recurso para o Supremo Tribunal Federal sempre que se questionasse "sôbre a vigência ou validade das leis federais em face da Constituição" e a decisão (sic) do tribunal do Estado lhes negasse aplicação (art. 60. al. a.) (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 29).

<sup>170</sup> Emília Viotti da Costa, *O supremo tribunal federal e a construção da cidadania*, p.p. 28-35.

<sup>171</sup> *Ibidem*

quem amanhã lhes dará o *Habeas Corpus* de que, por sua vez, necessitarão<sup>172</sup>.

Mesmo com Rui Barbosa defendendo que caberia ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre a constitucionalidade dos atos do Poder Executivo - na hipótese, sobre a constitucionalidade da decretação do Estado de Sítio -, o *habeas Corpus* que gerou a antes citada ameaçadora manifestação do Presidente da República foi negado por 10 votos a um, tudo ao argumento de que o Tribunal não poderia assim proceder antes da manifestação prévia do Congresso Nacional<sup>173</sup>.

A afirmação do controle de constitucionalidade difuso no Brasil deve, portanto, muito à atuação de Rui Barbosa, sendo certo assentar-se que foi com o Instituto do *Habeas Corpus* que o referido Jurista começou a questionar junto ao Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade e a legalidade de atos do Poder Executivo<sup>174</sup> relacionados à garantia de Direitos e Garantias Individuais

Ainda sobre a Constituição de 1891, urge frisar que a regra da reserva de plenário surgiu, na linha do que afirmado por José Levi Mello do Amaral Júnior<sup>175</sup>, ao tempo de vigência desta Carta Política, por meio de art. 1º do Decreto 938<sup>176</sup>, de 1902, vindo a ser elevada ao patamar constitucional somente com a Constituição de 1934, como avante será demonstrado.

---

<sup>172</sup> *ibidem*

<sup>173</sup> Confira-se *Habeas Corpus* de nº 406 de 1893. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: (<http://www.STF.JUS.br>). Acesso em 25.11.2010

<sup>174</sup> Confira-se *Habeas Corpus* de nº 410 e 415, ambos de 1893. Encontráveis no seguinte endereço eletrônico: (<http://www.STF.JUS.br>). Acesso em 25.11.2010.

<sup>175</sup> Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição Federal e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, p. 26.

<sup>176</sup> A redação do referido dispositivo é a seguinte: Art. 1º - Sempre que o Supremo Tribunal Federal tiver de julgar, nos casos de sua competência, compreendida no art. 59, ns. 1 e 3 da Constituição, ou quando em qualquer pleito se envolver questão de inconstitucionalidade das leis da União ou dos Estados e de tratados federaes, as decisões finais serão proferidas com a presença de dez, pelo menos, dos seus membros desimpedidos.

## 2.4. Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1934

A Constituição da República<sup>177</sup> dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1934<sup>178</sup>, reproduziu, em linhas gerais, os comandos constitucionais pertinentes ao controle de constitucionalidade repressivo então insertos na Constituição de 1891, com a redação que lhe fora imprimida com a reforma de 1926<sup>179</sup>.

As novidades desse período constitucional brasileiro dizem com a elevação ao patamar constitucional do que hoje conhecemos como reserva de plenário<sup>180</sup> e com o estabelecimento de uma nova competência para o Senado Federal<sup>181</sup>, qual a de extirpar (suspender) do cenário jurídico brasileiro, mediante Resolução sua, as leis consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Surge também nessa Carta Política a declaração de inconstitucionalidade para evitar intervenção federal, bem como o mandado de segurança e a ação popular.

Quanto à reserva de plenário, importa dizer, neste momento, que a regra foi haurida no Direito Constitucional estadunidense, tendo sido acolhida pelo Direito Constitucional pátrio com o fito de dar maior segurança jurídica aos jurisdicionados, na medida em que uma decisão

---

<sup>177</sup> Assim se expressou A. C. Lúcio Bittencourte: “A reforma constitucional de 1926 tornou ainda mais claro que e explícito o princípio, facultando o recurso para o Supremo Tribunal Federal sempre que se questionasse “*sobre a vigência ou validade das leis federais em face da Constituição*” e a decisão (*sic*) do tribunal do Estado lhes negasse aplicação (art. 60. al. a.) (O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, p. 29).

<sup>178</sup> Deve ser lembrado que no ano de 1930 houve a revolução que acabou por derrubar a Primeira República e levar Getúlio Vargas ao poder.

<sup>179</sup> Confira-se a Emenda Constitucional de nº 03, de Setembro de 1926. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao>. Acesso em 14.09.2010

<sup>180</sup> Elevação ao patamar constitucional, valendo lembrar que até então dita regra estava regulada pelo Decreto 938/1902. Eis a redação do dispositivo que tratou do tema: Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

<sup>181</sup> Assim ficou redigido o correlato dispositivo constitucional: Art 91 - Compete ao Senado Federal: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Vale também trazer à colação o comando contido no art. 96 da Constituição Federal de 1934 cuja redação é a seguinte: Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.



proferida por um colegiado reveste-se de uma maior densidade jurídico-política que outra lavrada por um único julgador<sup>182 183</sup>.

No que toca à nova competência reservada ao Senado Federal, impende sublinhar que dita atribuição veio demonstrar que o Direito Constitucional pátrio, àquela época, ainda estava a sofrer fortes e marcantes influências das escolas do constitucionalismo inglês e francês, quais questionavam a competência do Poder Judiciário para dizer sobre a constitucionalidade de uma norma produzida pelo Poder Legislativo. Dentro desse contexto, o imperativo constitucional que deu ao Senado Federal o poder de suspender, total ou parcialmente, a norma tida por inconstitucional pela Corte Suprema, passou a funcionar então como uma espécie de limitador (controle do controle) do exercício de fiscalização de constitucionalidade repressiva pelo Poder Judiciário, à razão de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal somente se estenderia às demais causas quando o Senado Federal assim entendesse que devesse sê-lo. Aqui, pois, a primeira manifestação constitucional tendente a implantar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal<sup>184</sup>.

Relativamente à declaração de inconstitucionalidade para evitar a ocorrência de intervenção federal<sup>185</sup>, vale frisar que esta foi incorporada à Constituição de 1934 curiosamente para - de modo inverso ao que se deu com a competência do Senado da República - possibilitar a participação do Poder Judiciário em ato que, pela Constituição de 1891, com a nova roupagem imposta pela reforma de 1926, era de exclusiva competência do Poder Legislativo. Assim é que restou estabelecido que a intervenção federal somente

---

<sup>182</sup> Confira-se, nesse sentido, José Levi Mello do Amaral Junior (*Incidente de arguição de ... op. cit...*, p. 28).

<sup>183</sup> Assim se expressou A. C. Lúcio Bittencourt: "A reforma constitucional de 1926 tornou ainda mais claro que e explícito o princípio, facultando o recurso para o Supremo Tribunal Federal sempre que se questionasse "sobre a vigência ou validade das leis federais em face da Constituição" e a decisão (*sic*) do tribunal do Estado lhes negasse aplicação (art. 60. al. a.) (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 29).

<sup>184</sup> Clèmerson Merlin Clève (*Fiscalização abstrata de ... op. cit...*, p. 67).

<sup>185</sup> Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] IV - para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes Públicos estaduais; [...] § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade

teria lugar quando a lei que a determinasse fosse considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A respeito do tema, Gilmar Ferreira Mendes salienta tratar-se de fórmula peculiar de composição dos conflitos federativos, que condiciona a eficácia da lei interventiva ao reconhecimento de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal<sup>186</sup>. Aqui reside, portanto, o primeiro dispositivo constitucional relacionado ao controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, muito embora ainda não se pudesse falar em abstração, dada à concreção do caso que se pretendesse levar ao Supremo Tribunal Federal.

É também nesta fase do constitucionalismo pátrio que o mandado de segurança e a ação popular, instrumentos jurídicos hábeis à promoção da defesa dos direitos e garantias individuais, passam a ser previstos no Texto Constitucional. Relembre-se que o primeiro desses instrumentos (MS) permitia ao cidadão velar pela proteção de direito líquido e certo ameaçado ou assaltado por atos manifestamente ilegais ou inconstitucionais praticados por agentes do poder público<sup>187</sup>, ao passo que o segundo (AP) autorizava-o a requerer a anulação de atos lesivos ao patrimônio público inquinados de inconstitucionalidades<sup>188</sup>.

## 2.5. Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1937

Fruto de um golpe militar, seguido da instalação do Estado Novo pelo Presidente Getúlio Vargas, a Constituição outorgada em 1937<sup>189</sup> não

---

<sup>186</sup> Gilmar Ferreira Mendes (*Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, p. 176).

<sup>187</sup> Assim ficou redigido o dispositivo relativo ao mandado de segurança na Constituição de 1934: Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes.

<sup>188</sup> Esta a redação do imperativo constitucional: Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes: 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

<sup>189</sup> Sobre a Constituição de 1937, vale conferir as palavras de Paes de Andrade e Paulo Bonavides, quais a classificam como a base para o surgimento de uma burocracia estatal com

trouxe muitas novidades relativamente ao controle de constitucionalidade repressivo no Brasil. Embora tenha o referido Texto Político promovido a extinção da justiça federal de primeira instância e silenciado-se quanto ao mandado de segurança e à ação popular, as duas grandes alterações ligadas especificamente ao controle de constitucionalidade repressivo nesta Carta ficaram por conta da possibilidade de participação do Poder Executivo no procedimento de controle de constitucionalidade e da alteração da forma de intervenção do Poder Legislativo no mesmo. Os comandos relativos à reserva de plenário e ao recurso para o Supremo Tribunal Federal foram mantidos<sup>190</sup>, não acontecendo o mesmo quanto à declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal nos Estados.

A participação do Poder Executivo no controle repressivo de constitucionalidade passou então a ser exercida através da *reapresentação* da norma tida por incompatível com a Constituição ao Parlamento, o qual poderia cassar os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal mediante voto de dois terços dos membros de cada uma de suas Câmaras<sup>191</sup>.

---

pretensões legislativas, de um Poder Executivo centralizado e extremamente forte, de um legislativo pulverizado e convertido em Conselho Administrativo. Resumem, pois, os autores, a Carta da época como o biombo de uma ditadura que sequer tinha preocupações com os disfarces. (*História do constitucionalismo do Brasil*, p. 333.)

<sup>190</sup>Segue a redação dos correlatos dispositivos constitucionais: Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.. Art 97 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros. [...] Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa. Parágrafo único - Nos casos do nº II, nº 2, letra b, poderá o recurso também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.

<sup>191</sup> Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Bastava, portanto, à inauguração de tal procedimento, que o Chefe do Poder Executivo entendesse que a lei apreciada negativamente pela Suprema Corte fosse necessária ao bem estar do povo, à promoção social ou à defesa de interesse nacional de alta monta.

Como decorrência da possibilidade de participação do Poder Executivo no processo de controle repressivo de constitucionalidade, não foram reproduzidos na Constituição de 1937 os comandos constitucionais da Carta Política de 1934 que versavam sobre a declaração de inconstitucionalidade para evitar intervenção federal e, tampouco, aquele que reservava ao Senado Federal o poder de suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, se a norma tida por inconstitucional poderia ser reapresentada ao Parlamento pelo Presidente da República, não havia por que se manter na Constituição Federal aqueles dispositivos que tratavam da intervenção e da Resolução do Senado Federal, porquanto os desideratos que com eles (dispositivos) se buscavam alcançar poderiam ser perfeitamente obtidos com o novo instituto da *reapresentação*.

## **2.6. Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1946**

O período constitucional inaugurado com a Carta Política de 1946 representou a aurora de um novo tempo no Direito Brasileiro, qual, desde a outorga da Constituição de 1937, esteve submetido ao um regime ditatorial conhecido como Estado Novo. É, pois, nesta Carta Política, que se restabelecem algumas das garantias então surrupiadas pelo regime getulista, como o mandado de segurança, a ação popular e - por que não dizer - o real direito de o Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos<sup>192</sup>.

---

<sup>192</sup> Relembre-se que nesta Carta Política foi suprimida a hipótese da reapresentação da norma tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ao Congresso Nacional.

Especificamente no que diz com o controle repressivo de constitucionalidade, o Texto Magno de 1946 não muito inovou relativamente à Constituição de 1934. Nele foi, por inteiro<sup>193</sup>, restabelecida a competência do Poder Judiciário para dizer sobre a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição Federal. Manteve-se a sistemática da reserva de plenário<sup>194</sup>, com exigência de quorum especial para a declaração de inconstitucionalidade da lei. O instituto da *reapresentação* previsto no Texto outorgado de 1937 foi extinto. A competência do Senado Federal para suspender, total ou parcialmente, lei tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi ressuscitada<sup>195</sup>. O instituto da ação interventiva foi restaurado sob uma nova versão<sup>196</sup>, porém com o mesmo suporte de outrora, qual seja, a proteção dos princípios constitucionais sensíveis.

De suma importância é assinalar que foi na égide da Carta Política de 1946 que vieram à tona as leis nºs 2.271/54 e 4.337/64, as quais, a pretexto de regulamentarem a ação interventiva - indiscutivelmente classificada como instrumento de controle concentrado<sup>197</sup> -, acabaram por plantar aquilo que seria a semente dogmática que se transformou na hoje conhecida ação direta de inconstitucionalidade. Registre-se, por oportuno, que a principal diferença entre a ação interventiva e a ação direta de inconstitucionalidade reside justamente no fato de que esta é marcadamente abstrata, enquanto que aquela surge a partir de um fato concreto, qual o pedido de intervenção<sup>198</sup>.

---

<sup>193</sup> *Ibidem*.

<sup>194</sup> Eis o correlato imperativo legal: Art 200 - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

<sup>195</sup> Eis o imperativo constitucional correlato: Art 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.09.2010.

<sup>196</sup> Eis o correlato imperativo legal: Art 9º - Compete ao Presidente da República decretar a intervenção nos casos dos nºs I a V do art. 7º. § 1º - A decretação dependerá: I - no caso do nº V, de requisição do Supremo Tribunal Federal ou, se a ordem ou decisão for da Justiça Eleitoral, de requisição do Tribunal Superior Eleitoral; II - no caso do nº IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Executivo, coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário. § 2º - No segundo caso previsto pelo art. 7º, nº II, só no Estado invasor será decretada a intervenção. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.09.2010.

<sup>197</sup> Rememore-se que somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para proceder a este exame.

<sup>198</sup> Insuperável é a ilação de que um fato determinado deu ensejo à Ação Interventiva, daí resultando precisamente o seu caráter concreto.

### **2.6.1. A Emenda Constitucional 16/65 e o Surgimento do Controle Abstrato**

Não se pode deixar de registrar, quanto a esse período histórico do Direito Constitucional, a promulgação da Emenda Constitucional de 16/65, a cuja redação pode ser atribuído o surgimento do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil<sup>199</sup>.

Pela redação da referida Emenda Constitucional, o controle concentrado de normas seria exercido nos mesmos moldes da ação interventiva e teria como único titular o Procurador-Geral da República<sup>200</sup>.

Anote-se que, originalmente, a Proposta que levou à Emenda Constitucional 16/65 previa a perda de eficácia da norma definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal<sup>201</sup> e, ainda, reservava, ao Senado Federal, neste processo, tão-somente a missão de publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis a conclusão do julgado que lhe fora comunicado<sup>202</sup>. Essas propostas, todavia, não foram acolhidas pelo Congresso Nacional, o qual preferiu manter a competência do Senado Federal para suspender a eficácia da lei tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Assim é que, muito embora tenha constado do Projeto que resultou na Emenda Constitucional 16/65, o surgimento do controle concentrado e abstrato

---

<sup>199</sup> Registre-se que, até então, o controle concentrado já existia, mas não sob o viés abstrato, antes concreto.

<sup>200</sup> Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

<sup>201</sup> A Proposta que resultou na Emenda Constitucional 16/65 previa a inclusão de um § 3º ao art. 101, cuja redação era seguinte: As disposições de lei ou ato de natureza normativa, considerados inconstitucionais em decisão definitiva, perderão eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União

<sup>202</sup> A precitada Proposta de Emenda Constitucional propunha nova redação ao art. 64 da Constituição Federal, no qual era reservado ao Senado Federal unicamente a missão de dar publicidade à declaração de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal. Eis a redação então proposta: § 4º Incumbe ao Presidente do Senado Federa, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3º), fazer Publicar no Diário Oficial ou na Coleção de leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado.

de normas no Brasil não veio acompanhado, por expressa autorização legislativa, do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes*<sup>203</sup>.

É nessa Emenda Constitucional também que vem ao ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de o Congresso Nacional estabelecer normas que autorizassem os Tribunais de Justiça dos Estados a declararem a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais que estivessem em confronto com a Constituição do respectivo Estado. Essa previsão foi estampada no art. 124, XIII, da Constituição Federal de 1946, com a redação que lhe foi imposta pela Emenda Constitucional 16/65.

A Emenda Constitucional 16/65, como se vê, inaugurou uma nova era no controle de constitucionalidade brasileiro, e, por pouco, não chegou à inovação que até hoje se busca, e que será defendida nesta Dissertação, qual seja: a de que o Supremo Tribunal Federal tem a palavra final sobre a perda de eficácia da norma declarada inconstitucional, quer em controle difuso, quer em controle abstrato.

## **2.7. Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1967**

A Constituição Federal de 1967, elaborada também sob um regime de exceção, teve como principal característica a promoção do fortalecimento do Poder Executivo, em especial dos Poderes reservados ao Presidente da República, sendo exemplo disso a aprovação de Projetos de Lei por decurso de prazo e a expedição de Decretos-Leis pelo Chefe do Poder Executivo sobre segurança nacional e finanças públicas<sup>204</sup>. Relembre-se, por oportuno, que a eleição de Presidente da República era indireta, fato que fortalecia, ainda, mais o Poder Executivo<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (*Curso de direito constitucional*, p. 991).

<sup>204</sup> Deve-se ter sempre presente que os Decretos-Leis, na maior das vezes, não poderiam ser emendados pelos Congressistas e, se não fossem votados no prazo de 60 (sessenta dias) contados do recebimento do mesmo pelo Congresso, eram tidos como aprovados.

<sup>205</sup> *Idem*, p.p. 165-169.

Com efeito, o desenho de tal quadro jurídico, reduziu drasticamente a competência reservada ao Poder Legislativo, ao qual - vale lembrar - foi atribuída a competência para elaborar a referida Carta Constitucional que, inspirada nos princípios e teses dos detentores do Poder Executivo, acabou por limitar a atuação do Congresso Nacional nos 45 (quarenta e cinco dias) nos quais foi a Constituição elaborada.<sup>206</sup>

No que diz com o controle de constitucionalidade, a Constituição Federal de 1967 foi extremamente tímida<sup>207</sup>, trazendo como novidade de maior relevância a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo, mediante decreto, suspender ato estadual violador de quaisquer dos princípios sensíveis da Carta Magna, desde que precedida de declaração nesse sentido feita no bojo de uma ação interventiva<sup>208</sup>.

### **2.7.1. As Emendas Constitucionais de nº 01/69 e nº 07/77**

A Constituição da República de 1967 sofreu vários ataques provocados pela instabilidade institucional daquele momento político. Assim é que foram impostas várias alterações ao texto inicial<sup>209</sup>, das quais merecem destaques as de números 01/69 e 07/77, porquanto acabaram essas por versar, dentre outras coisas, ainda que timidamente, sobre o controle de constitucionalidade no Brasil.

<sup>206</sup> Nesse rumo os ensinamentos de Raul Machado Horta quando assenta que o processo estabelecido para a deliberação do Projeto de Constituição atribuída ao Congresso Nacional a função de elaborar a lei constitucional do movimento de 31 de março de 1964. (*Direito constitucional*, p. 58.).

<sup>207</sup> Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: I) a representação do Procurador - Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Vale ainda conferir as normas pertinentes ao controle difuso, postas no art. 114, inciso III, alíneas a, b e c.

<sup>208</sup> Art 10 - A União não intervirá nos Estados, salvo para: VI - prover à execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) temporariedade dos mandatos eletivos, limitada a duração destes à dos mandatos federais correspondentes; c) proibição de reeleição de Governadores e de Prefeitos para o período imediato; d) independência e harmonia dos Poderes; e) garantias do Poder Judiciário; f) autonomia municipal; g) prestação de contas da Administração. [...] c) do provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, nos casos do item VII, assim como no do item VI, ambos do art. 10, quando se tratar de execução de lei federal. [...] § 2º - Nos casos dos itens VI e VII do art. 10, o decreto do Presidente da República limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida tiver eficácia.

<sup>209</sup> Assim os Atos Complementares e Institucionais.



A Emenda Constitucional de nº 01/69, no que toca ao controle de constitucionalidade, trouxe a possibilidade do manejo de ação interventiva pelos Estados em face de violação, por lei municipal, dos princípios sensíveis estaduais, tendo como pano de fundo as mesmas regras relacionadas à interventiva federal<sup>210</sup>.

A Emenda Constitucional de nº 07/77, por sua vez, introduziu inovações no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, a começar pela possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, além de declarar a inconstitucionalidade<sup>211</sup> de lei ou ato normativo federal ou estadual, poder mesmo<sup>212</sup> interpretá-los<sup>213</sup>.

Ainda é nesta Emenda Constitucional que se vai extrair a ilação de que o Supremo Tribunal Federal, para além da competência de dizer sobre a constitucionalidade e interpretar a norma, detinha competência para emprestar eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a essas decisões, sem a necessidade de submeter referidas pronúncias de inconstitucionalidade ao crivo do Senado Federal para o alcance de tais fins<sup>214215</sup>.

---

<sup>210</sup> Art 16 - A autonomia municipal será assegurada: § 3º - A intervenção nos Municípios será regulada na Constituição do Estado, só podendo ocorrer: a) quando se verificar impontualidade no pagamento de empréstimo garantido pelo Estado; b) se deixarem de pagar, por dois anos consecutivos, dívida fundada; c) quando a Administração municipal não prestar contas a que esteja obrigada na forma da lei estadual.

<sup>211</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco alertam para o fato de ter a Exposição de Motivos da Proposição Legislativa que levou à Emenda 07/77 dito que "esse instituto deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei (*Curso de ...*, op. cit., p. 994).

<sup>212</sup> Maiores esclarecimentos sobre o tema podem ser colhidos nas observações feitas por Saul Tourinho Leal (*Controle de constitucionalidade moderno*).

<sup>213</sup> Art 119 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente: a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;

<sup>214</sup> Confira-se, nesse sentido, Parecer do Min. Moreira Alves, publicado no DJ 16 de maio de 1977, p. 3123-3124, a partir do qual se fixou definitivamente o entendimento de que as pronúncias de inconstitucionalidades proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de normas dispensavam a atuação do Senado Federal para revestir-se de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

<sup>215</sup> REPRESENTAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ASSENTO N. 2, DE 13.12.1985, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANA, QUE DEU INTERPRETAÇÃO AO ART. 67, DO CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO E DIVISAO JUDICIÁRIAS DO REFERIDO ESTADO. NÃO SE EMPRESTA A INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTANTE DO ASSENTO IMPUGNADO O CARÁTER VINCULANTE, COM EFICACIA 'ERGA OMNES, TAL COMO SUCEDE COM A INTERPRETAÇÃO DE LEI OU ATO

Registre-se, ao cabo, que, com o texto da Emenda Constitucional 07/77, espancou-se a dúvida até então existente sobre a possibilidade de concessão de liminares em representações de inconstitucionalidade. Isso porque passou a ser constitucionalmente prevista a medida cautelar neste tipo de representação, cabendo ao Procurador-Geral da República a formulação de pedido nesse sentido.<sup>216</sup>

Surge também nesta fase do Direito Constitucional pátrio a orientação normativa que deu ao Supremo Tribunal Federal a competência para, mediante pedido do Procurador Geral da República, avocar demandas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, quando das decisões proferidas decorresse imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas<sup>217</sup>.

Foi mantida, sem alterações, na Constituição 1967 e na Emenda Constitucional nº 01/69, a regra então vigente sobre reserva de plenário<sup>218</sup>, vindo esta a ser alterada pela Emenda Constitucional de 07/77, via da qual se passou a admitir que outros órgãos especiais dos tribunais pronunciassem a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos do poder público<sup>219</sup>.

---

NORMATIVO FEDERAL OU ESTADUAL, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COM BASE NO ART. 119, I, LETRA 'L', DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1/1969, NA REDAÇÃO INTRODUZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 7/1977. DISTINÇÃO ENTRE INTERPRETAÇÃO DE CARÁTER NORMATIVO FEITA PELO STF, COM BASE NA REGRA MAIOR ALUDIDA, E REGULAMENTO INTERPRETATIVO. REPRESENTAÇÃO IMPROCEDENTE. (Rp 1325/PR, Relator Ministro Néri da Silveira, julgada em 29/09/1988 e com acórdão publicado em 03.03.1989.).

<sup>216</sup> Art 119 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República

<sup>217</sup> Art 119 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente: as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido.

<sup>218</sup>Art. 116. Sômente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público.

<sup>219</sup> Art. 116. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (Artigo 144, V), poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 07/77).

## 2.8. Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1988

A Carta Política Cidadã, como tal batizada pelo então Deputado Ulisses Guimarães, inovou em vários aspectos, a começar pela ampla significação que emprestou aos direitos fundamentais<sup>220</sup>, e bem assim aos direitos sociais, com destaque para um vastíssimo elenco de normas destinadas a proteger a classe trabalhadora<sup>221</sup>, as crianças, os idosos e os necessitados em geral<sup>222</sup>. Para além dos elementos formais<sup>223</sup> que sempre freqüentam um Texto Magno, com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil passou a ostentar não só o *status* de um estado democrático de direito, antes de um estado democrático e social de direito, marcado por um surpreendente rol de normas formalmente constitucionais.

Nunca é demais registrar que vinte e poucos anos se passaram, tantas foram as Emendas que lhe alteraram os comandos iniciais, tantas foram as crises políticas enfrentadas pelo País, tantos foram os momentos críticos experimentados pela economia brasileira, mas ela - a Constituição Federal - foi capaz de exercer o seu principal papel na cena político-jurídica brasileira, qual o de manter a estabilidade democrática.

É dentro desse contexto, marcado pelo respeito ao princípio da separação das funções pressuposto básico à permanência do estado de direito e do sistema democrático, que ganhou - como de fato vem ganhando - maior corpo o controle de constitucionalidade brasileiro, certo que, em larga medida, as grandes questões nacionais enfrentadas nessas mais de duas décadas de vigência da Carta Cidadã foram submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, sobressaindo daí a capital importância da

---

<sup>220</sup> Neste sentido, os artigos 1º, 3º e 5º da Constituição Federal de 1988. Sobre o conceito de normas de direitos fundamentais, recomenda-se a leitura de Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, p.p. 50-76).

<sup>221</sup> Assim demonstram os artigos 6º a 11 da Carta Política de 1988.

<sup>222</sup> Essas orientações podem ser colhidas nos artigos 226 a 230 do Texto Maior de 1988.

<sup>223</sup> A classificação da Constituição quanto ao conteúdo (formal e material) foi estudada no Capítulo 1, item 1.2.1 desta Dissertação.

interpretação constitucional como um dos suportes do estado democrático e social de direito<sup>224</sup>.

Comparativamente à Constituição de 1967, as mudanças quanto ao controle de constitucionalidade foram significativas, porquanto, além da manutenção do sistema de controle do tipo dúplice, capaz mesmo de operar-se pelas modalidades abstrata e difusa, sempre tendo como sindicáveis as leis e atos normativos federais e estaduais, foram introduzidas novas mudanças tendentes a democratizar ainda mais o controle abstrato de normas.

O maior destaque na nova Carta Política - sob a ótica da interpretação constitucional - residiu na ampliação dos legitimados para iniciarem o procedimento objetivo de controle de constitucionalidade, sendo ainda de se destacar que o instrumento jurídico reservado para esse fim passou a denominar-se ação direta de inconstitucionalidade<sup>225</sup>.

Em razão dos novos legitimados, surge a necessidade de intervenção do Advogado-Geral da União como defensor<sup>226</sup> do ato acoimado

---

<sup>224</sup> Como exemplos desses grandes temas devem ser citados as seguintes decisões: (1) o impedimento do Presidente Fernando Collor de Melo, (2) a reeleição para Presidente da República (Pet 1365 QO / DF), (3) a crise do “mensalão” (AP 470/DF), (4) o tema da fidelidade partidária (ADI 3999 / DF) e (5) recentemente o debate sobre a aplicação da chamada “lei da ficha limpa” (RE 630147). Ainda os temas pertinentes (6) às células embrionárias (ADI 3510 / DF) e a (7) demarcação de terras indígenas (Pet 3388/ RR). Os julgados referidos podem ser encontrados no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 06.12.2010.

<sup>225</sup> Nesse sentido, o art. 103 da Constituição Federal.

<sup>226</sup> PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ATUAÇÃO DO ADOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 da Constituição Federal, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. [...]. (STF-ADI 3522/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 24.11.2005 e publicada no Diário de Justiça do dia 12.05.2006). Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 06.12.2010. EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.522, DE 11.10.96. [...]. ADOGADO-GERAL DA UNIÃO. DEFESA DO ATO IMPUGNADO DE QUE EXISTEM PRECEDENTES DO STF. POSSIBILIDADE. [...]. 4. O munus a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado- Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional a Resolução Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, tomada na Sessão Administrativa de 30 de abril de 1997. (STF-ADI 1616/PE, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgada em 24.05.2001 e publicada no Diário de Justiça do dia 24.08.2001). Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 06.12.2010. EMENTA: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. AUDIÊNCIA DO

de inconstitucional<sup>227</sup>, reservando-se ao Ministério Público, a partir de então, no procedimento do controle abstrato de normas, as nobres missões de proponente da ação direta de inconstitucionalidade, de fiscal da lei e de defensor dos interesses da sociedade perante o Supremo Tribunal Federal<sup>228</sup>.

Ainda como novidades da Carta Magna, no que tange ao controle de constitucionalidade pátrio, surgem o mandado de injunção<sup>229</sup> e a possibilidade de pronunciamento da inconstitucionalidade por omissão<sup>230</sup>, esses como novos instrumentos de acesso ao Supremo Tribunal Federal postos à disposição dos cidadãos (MI) e legitimados (AIO). A criação da ação de descumprimento de preceito fundamental<sup>231</sup> é outra novidade inserida no Texto Político, constituindo-se essa modalidade processual em mais um meio de proteção dos direitos fundamentais e, bem assim, da sindicabilidade de normas até então não apreciadas, na via concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal, tais quais as municipais e as pré-constitucionais.

Na parte relativa aos Estados-membros, a nova Carta Constitucional manteve a ação interventiva como medida de proteção aos princípios constitucionais sensíveis<sup>232</sup> e, inovando, possibilitou o exercício do controle, no âmbito dos tribunais estaduais e do Distrito Federal, de constitucionalidade estadual/distrital/ e municipal, tendo sempre como parâmetro o Texto Constitucional estadual/distrital, tudo de acordo com o contido no § 2º do art. 125 da Carta Política<sup>233</sup>.

---

ADVOGADO GERAL DA UNIÃO (ART. 103, §§ 3º E 2º. DA C.F. DE 1988). A AUDIÊNCIA DO ADVOGADO GERAL DA UNIÃO, PREVISTA NO ART. 103, § 3º, DA C.F. DE 1988, É NECESSÁRIA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, EM TESE, DE NORMA LEGAL, OU ATO NORMATIVO (JÁ EXISTENTES), PARA SE MANIFESTAR SOBRE O ATO OU TEXTO IMPUGNADO - NÃO, PORÉM, NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR OMISSÃO, PREVISTA NO § 2º. DO MESMO DISPOSITIVO, POIS NESTA SE PRESSUPÕE, EXATAMENTE, A INEXISTÊNCIA DE NORMA OU ATO NORMATIVO. (STF-ADI 623 QO/SP, Relator Ministro Sydney Sanches, julgada em 09.08.1989 e publicada no Diário de Justiça do dia 01.09.1989). Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 06.12.2010.

<sup>227</sup> Assim está no § 3º do art. 103 da Carta Política.

<sup>228</sup> É o que se colhe do art. 103, VI, e seu § 2º.

<sup>229</sup> A previsão está no art. 102, I, q, da Constituição Federal.

<sup>230</sup> Assim o § 2º do art. 103 do Texto Maior.

<sup>231</sup> Tal qual prevista no § 2º do art. 102 da Carta Política.

<sup>232</sup> Esta previsão está no art. 34 da Constituição Federal.

<sup>233</sup> Sobre o controle de constitucionalidade estadual deve-se consultar a obra escrita por Léo Ferreira Leoney, op. cit..

### 2.8.1. A Emenda Constitucional nº 03, de 19.03.1993

A primeira Emenda Constitucional à Carta Política de 1988 que versou sobre o controle de constitucionalidade foi a de nº 03/93. É nessa alteração constitucional que surge a ação declaratória de constitucionalidade<sup>234</sup>, instrumento jurídico que possibilitou ao Supremo Tribunal Federal - quando presente o estado de incerteza e o estabelecimento de controvérsia capaz de comprometer a presunção de legitimidade da lei<sup>235</sup> - pronunciar-se sobre a conformação de uma determinada norma com a Constituição Federal.

Ao contrário da ação direta de inconstitucionalidade, esse novo instrumento de aferição constitucional nasce não com o fim de extirpar a lei do mundo jurídico, antes com o propósito de reconhecer nesta (lei) compatibilidade com a Constituição Federal, não se devendo esquecer que o julgamento de improcedência da referida ação, por uma questão de lógica, tem por efeito o reconhecimento da incompatibilidade vertical da norma sindicada com a Constituição Federal<sup>236</sup>.

Outro fator importante a ser destacado nesta alteração constitucional é que, a despeito da desnecessidade, o texto da Emenda que introduziu a declaratória de constitucionalidade registrou que a decisão nela proferida teria eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, conseqüências tais que já existiam, por construção jurisprudencial, na ação direta de inconstitucionalidade<sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> Assim a nova redação do art. 102, I, a, da Carta Magna.

<sup>235</sup> Vale conferir, nesse sentido, o que escreve Zeno Veloso (*Controle de constitucionalidade*, p. 285).

<sup>236</sup> Assim a redação do art. 24 da lei 9.868/99: Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

<sup>237</sup> Tal fato pode ser atestado com a leitura do texto da Emenda Constitucional nº 03/1993.

No momento de promulgação da referida Emenda, houve uma limitação dos legitimados para propô-la, constituindo-se, esse aspecto, conjuntamente com a impossibilidade de aferição da constitucionalidade da norma estadual, as duas capitais distinções entre a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade<sup>238</sup>.

Ainda sob a égide da Emenda Constitucional de nº 03/93 foi promulgada a Lei federal de nº 9.868/99, a qual veio dispor sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. É nessa lei que se estabelece que a medida cautelar, em qualquer das duas ações, poderia ser concedida mediante deliberação da maioria absoluta da Corte, ressalvada a hipótese de recesso<sup>239</sup>. É também neste texto legal que surge a possibilidade de modulação dos efeitos do julgado<sup>240</sup>, sendo, a partir de então, previstas, de igual modo, a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto<sup>241</sup>. É também no corpo desta lei que surge no Direito Constitucional brasileiro a figura processual do *amicus curiae*<sup>242</sup>.

Por fim, deve ser anotado que também neste tempo veio à lume a Lei federal 9.882/99, que passou a regular o processo e o julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental. Neste diploma legal foram adotadas algumas das características das outras ações objetivas, dentre as quais a participação de *amicus curiae*<sup>243</sup>, a realização de audiências públicas<sup>244</sup>, a concessão de medida cautelar<sup>245</sup>, a modulação dos efeitos da

---

<sup>238</sup> *idem*

<sup>239</sup> Confira-se os arts. 10 e 21 da lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

<sup>240</sup> Confira-se, o art. 27 da lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

<sup>241</sup> Confira-se o parágrafo único do art. 28 da lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

<sup>242</sup> Confira-se o § 2º do art. 7º da lei 9.868/99.

<sup>243</sup> Tal fato se confirmou na oportunidade do processamento e julgamento da ADPF 83 (STF-ADPF 83/ES, Relator Ministro Carlos Brito, julgado em 24.04.2008 e publicado no Diário de Justiça do dia de 31.07.2008).

<sup>244</sup> Assim como verificado na oportunidade do processamento e julgamento da ADPF 101 (STF-ADPF 101/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgamento não foi concluído).

<sup>245</sup> Nesse sentido, o seguinte julgado: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Medida Cautelar. [...] Afronta ao princípio federativo e ao direito social fundamental ao salário mínimo digno (arts. 7º, inciso IV, 1º e 18 da Constituição). [...] Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o

pronúncia de descumprimento<sup>246</sup> e a atribuição de eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante<sup>247</sup> nas suas decisões<sup>248</sup>.

### 2.8.2. A Emenda Constitucional de nº 45, de 31.12.2004

Conhecida como Reforma do Poder Judiciário, a Emenda Constitucional de nº 45/04, imprimiu ao controle de constitucionalidade repressivo brasileiro algumas mudanças que não podem ser classificadas como de índoles estruturais propriamente ditas, antes de feições procedimentais<sup>249</sup>. Assim é que foram criados novos institutos e modificados outros já existentes, tudo com o fito de emprestar maior visibilidade, maior alcance, e, sobretudo, maior celeridade ao processo de controle de normas no Brasil, quer na modalidade abstrata<sup>250</sup>, quer na difusa<sup>251</sup>.

---

processo e o julgamento da argüição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais. 6. Direito pré-constitucional. Cláusulas de recepção da Constituição. Derrogação do direito pré-constitucional em virtude de colisão entre este e a Constituição superveniente. [...]. A Lei nº 9.882, de 1999, e a extensão do controle direto de normas ao direito pré-constitucional. ]7. Cláusula da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global. Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar a lesão a preceito fundamental. [...] 9. Cautelar confirmada. (ADPF 33 MC/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 20.10.2003 e publicado no Diário de Justiça de 06.08.2004).

<sup>246</sup> Sobre a possibilidade de modulação dos efeitos da sentença em ADPF, vela conferir o que disse o Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do RE nº 353657/PR, quando salientou que a necessidade de preservar-se a estabilidade de relações jurídicas preexistentes levou o legislador pátrio a permitir que o STF regulasse, ao seu prudente arbítrio, e tendo como balizas os conceitos indeterminados de segurança jurídica ou excepcional interesse social, os efeitos das decisões proferidas nas ADI, nas ADC, e nas ADPF (RE nº 353657, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 25.06.2007 e publicado no Diário de Justiça do dia 06.03.2008.)

<sup>247</sup> Confira-se, nesse sentido, ADPF 144, na qual o Relator, mesmo julgando-a improcedente, reconheceu o efeito vinculante da decisão proferida (ADPF144/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 06.08.2008 e publicado no Diário de Justiça do dia 25.02.2010).

<sup>248</sup> Nunca é demais registrar que a ADPF pressupõe a existência de um caso concreto. Partindo dessa constatação, tem-se que esse tipo de ação consubstancia-se pelo método concentrado, conquanto deva ser classificada como espécie de modelo concreto de controle de constitucionalidade.

<sup>249</sup> Registre-se que a estrutura propriamente dita, vale dizer, modelos difuso e concentrado, não foi alterada, sendo, ao revés, introduzidos dispositivos tendentes a viabilizar e dar realce aos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal, daí a criação da repercussão geral e da súmula vinculantes.

<sup>250</sup> Assim a nova redação imprimida ao § 2º do art. 102 da Constituição Federal.

<sup>251</sup> Demonstrativo desta situação é o § 3º do art. 102 da Carta Política.



Relativamente ao controle de constitucionalidade abstrato, a Emenda Constitucional nº 45/04 atuou basicamente na parte relacionada com os legitimados e com a constitucionalização da eficácia e dos efeitos decorrente do pronunciamento feito em ação direta de inconstitucionalidade. Quanto aos efeitos, ficou estabelecido que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, também passariam a ter eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal<sup>252</sup>. Quanto à ação declaratória de constitucionalidade, o elenco dos legitimados ativos - antes reduzidos ao Presidente da República, Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República - foi ampliado, incluindo-se todos aqueles autorizados a proporem a ação direta de inconstitucionalidade<sup>253</sup>.

Quanto ao controle difuso, a principal inovação trazida pela Emenda Constitucional foi a criação da chamada repercussão geral. Norma constitucional dependente de regulamentação<sup>254</sup>, criada com o objetivo de limitar a competência do Supremo Tribunal Federal às questões de maior relevo que demandem a efetiva uniformização da interpretação constitucional, a repercussão geral somente ganhou corpo com a promulgação da Lei federal nº 11.418, de 10.12.2006, por meio da qual se passou a exigir, para o conhecimento do recurso extraordinário, a demonstração, mediante preliminar específica, da existência de questão relevante do ponto de vista econômico,

---

<sup>252</sup> Vale registrar, que na redação anterior do imperativo constitucional, somente a ação declaratória de constitucionalidade tinha, constitucionalmente reconhecidas, a eficácia contra todos e o efeito vinculante, sendo que este último se estendia aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Agora, tais efeitos se espraiem para a administração pública direta e indireta nos níveis federal, estadual e municipal.

<sup>253</sup> Nunca é demais lembrar que o Governador do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal foram textualmente incluídos entre os legitimados para propositura das ações de controle abstrato, a despeito de a jurisprudência da Corte já lhes ter reconhecido tal capacidade postulatória. (STF-ADI 665-MC/DF, Relator Ministro Octavio Gallotti, julgado em 19.03.1992 e publicado no Diário de Justiça do dia 24.04.1992). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 06.12.2010.

<sup>254</sup> Os professores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco classificam norma não auto-aplicável como sendo aquela para cuja execução se faz indispensável a mediação do legislador na edição de comando normativo de complementação (*Curso de ...*, op. cit, p. 20).

político, social ou jurídico<sup>255</sup>, capaz mesma de ultrapassar os interesses subjetivos da parte recorrente<sup>256</sup>, em ordem a alcançar um maior número de cidadãos.

Ainda no campo do controle difuso de constitucionalidade, insta assinalar que a Emenda Constitucional nº 45/04 incluiu nova alínea (d) ao inciso III do art. 102 da Carta Política, com o que passou a admitir a interposição de recurso extraordinário quando fosse julgada válida lei local contestada em face de Lei federal<sup>257</sup>.

Finalmente urge sublinhar que a Emenda Constitucional nº 45/04 introduziu o art. 103-A na Carta Política, dispositivo esse que ofertou ao Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar, revisar e cancelar, na forma da lei, súmula que, a partir da sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos

---

<sup>255</sup> Eis a redação do art 543-A do Código de Processo Civil, imprimida pela lei 11.418/06: O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

<sup>256</sup> Lembre-se que, nos termos do art. 543-A do Código de Processo Civil, haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou decisão dominante do Tribunal.

<sup>256</sup> Sobre o modo mediante o qual o Supremo Tribunal Federal vai decidir sobre a existência de Repercussão geral, indica-se a consulta à Lei federal 11.418/06, e aos artigos 322-A a 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e a Portaria de 177/07 da Presidência da mesma Corte.

<sup>257</sup> A questão da inconstitucionalidade aqui colocada diz com o problema da competência legislativa, visto que o que se debate em verdade é se a lei local poderia ser editada em face da competência reservada à União para legislar sobre determinado tema que tenha sido veiculado na lei impugnada. Registre-se que, antes da Emenda Constitucional de nº 45/04, essa competência estava reservada ao Superior Tribunal de Justiça, tal como se lê no revogado art. 105, II, b, da Constituição Federal de 1988.

demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta dos três níveis<sup>258</sup>.

Anote-se que o objetivo colimado com a criação da súmula vinculante outro não foi senão 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<sup>259</sup>.

## 2.9. Conclusões

Os estudos realizados neste Capítulo revelaram que o modelo difuso de controle de normas inaugurou a investigação de constitucionalidade repressiva no ordenamento jurídico pátrio, ainda ao tempo da Constituição de 1891, trazida que foi essa prática para o Brasil pelo inesquecível e festejado Jurista Rui Barbosa, ardoroso defensor da escola norte-americana de Direito Constitucional, a qual, já àquela época, superando os ensinamentos das escolas francesa e inglesa, defendia que ao Poder Judiciário caberia avaliar a compatibilidade de normas com a Constituição.

As pesquisas realizadas nesta etapa da investigação revelaram também, de forma clara e objetiva, que a introdução, na década de 60, do modelo concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil fez com que a maior parte dos trabalhos científicos do moderno Direito Constitucional pátrio fosse direcionada para esse modelo de sindicância de normas, fato tal que, indubitavelmente, lançou como que ao desprezo acadêmico as investigações sobre o modelo difuso de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda do estudo realizado neste Capítulo, pode-se extrair que a atenção que se vêm emprestando ao controle abstrato de

---

<sup>258</sup> Vale consultar a cabeça do art. 103-A da Constituição Federal.

<sup>259</sup> Confira-se o § 1º do art. 103-A da Constituição Federal.

constitucionalidade no Brasil, nem de longe, quer significar que esse modelo esteja prevalecendo sobre o modelo difuso de controle de normas, porquanto, dada a tradição do nosso Direito Constitucional, sempre haverá espaço para o exercício do controle incidental e, sobretudo, para a investigação científica dos seus métodos

Claro ficou, ao cabo das pesquisas aqui realizadas, que a hiper-valorização científico-jurisprudencial que se vem emprestando ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade no Brasil não deve ser vista como um desprezo ao modelo de controle difuso de normas, mas, antes e sim, como um alerta sobre a imperiosa necessidade de se realçar e, principalmente, de se estudar, com maior vagar, o novo cenário que foi edificado para a prática do controle difuso de normas brasileiro, o qual está centrado na prevalência dos *precedentes*, na atuação do Supremo Tribunal Federal como órgão de controle de sentenças e atos normativos e na obsolescência da função reservada ao Senado Federal dentro desse novo cenário, o que será feito nos Capítulos seguintes desta Dissertação

## Capítulo 3

### **Precedentes Judiciais: A Experiência Norte-Americana e a Adoção no Brasil**

#### **3.1. Considerações Preliminares**

Pretende-se abordar neste Capítulo o instituto do *precedente*, nas suas variadas facetas, com o fito de demonstrar como esse instrumento jurídico, largamente utilizado pelo Poder Judiciário estadunidense, para não citar outros como o inglês, foi capaz de influenciar decisivamente na formação do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Fincado o objetivo do presente Capítulo, importa assentar que o desenvolvimento do mesmo tomará como parâmetro o instituto do *precedente* tal como aplicado e estudado nos Estados Unidos, vale dizer: tendo como guia-mestre o modelo do *stare decisis*. Seguindo essa trilha de investigação, locuções como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, dentre outras, serão empregadas à luz de sua utilização no modelo estadunidense, sem prejuízos das adaptações necessárias ao modelo do controle difuso de constitucionalidade brasileiro.

Feitas as advertências iniciais, resta assinalar que a pesquisa será iniciada com a indicação da origem do instituto do *precedente*, para, mais à frente, estudando-o como signo, partir-se para a sua definição, sem não antes demonstrar-se qual o seu *significante* e qual o seu *significado*. Ao depois, far-se-á a devida diferenciação entre *precedente* e *jurisprudência*, seguindo-se, mais adiante, à classificação do primeiro (*precedente*) sob diferenciadas óticas. Superadas essas etapas, ingressar-se-á no estudo dos meios de formação, de aplicação, de distinção (*distinguishing*) e de revogação (*overruling*) dos *precedentes*.

Advirta-se, por fim, que, para bem se demonstrar que existe um novo cenário no controle difuso de constitucionalidade no Brasil, torna-se imprescindível estudar, de forma detalhada, o instituto do *precedente*, tanto mais quando se tem o prevalecimento de decisões anteriores (prevalência dos *precedentes*) como uma das hipóteses para a comprovação do problema que aqui será investigado (novo cenário do controle difuso).

### 3.2. *Precedentes*

#### 3.2.1. O que é um *Precedente*: Origem, Significante, Significado, Definição

##### 3.2.1.1 Origens

Estar colocado imediatamente antes, ter existido antes ou mesmo anteceder algo são as definições primeiras que se pode encontrar para o termo *precedente* na língua portuguesa<sup>260</sup>. Tomada assim, por um ângulo puramente semântico, não surgem maiores turbulências para se encaixar as situações cotidianas da vida no conceito atribuído a expressão *precedente*.

Transportando-se a palavra *precedente* para a linguagem jurídica, contudo, tem-se que tratá-la não mais como uma mera expressão ou como um simples termo, antes como um signo<sup>261</sup>, entendido esse como unidade lingüística que contém um *significante* e um *significado*<sup>262</sup>. Neste sentido, faz-se mister saber qual é a forma, qual o sinal que caracteriza um

<sup>260</sup> Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (*Novo dicionário da língua portuguesa*, p.370).

<sup>261</sup> O Dicionário Lexikon de Filosofía define signo como “como uma expressão capaz de veicular um sentido, e um conceito, como uma representação ideal, através da qual o espírito visa um segmento do mundo real ou do mundo ideal (quer se trate de um indivíduo, quer de uma classe), ou uma propriedade, individual ou relacional, suscetível de se reportar a uma entidade real ou ideal. Devemos tentar apreender o modo de intervenção dos signos e dos conceitos nas diferentes ciências.”(encontrável no seguinte endereço eletrônico:<http://www.filoinfo.bem-vindo.net/filosofia/modules/lexico/entry.php?entryID=644>).

<sup>262</sup> O Dicionário Lexikon de Filosofía define significado como sendo “o que marca claramente um sentido. — A fenomenologia se define como uma descrição dos significados, dependente de qualquer juízo de existência. Por exemplo, analisa-se o sentido de uma religião independentemente de qualquer tomada de posição em relação a seu valor ou à existência do deus que cultua. Desse ponto de vista, o princípio da fenomenologia como análise dos significados é de tudo compreender e nunca julgar; uma tal atitude implica na "epoche", isto é, na dúvida. A noção de puro significado contrapõe-se à da existência”. (encontrável no seguinte endereço eletrônico: <http://www.filoinfo.bem-vindo.net/filosofia/modules/lexico/entry.php?entryID=644>).

*precedente* (*significante*) e, mais que isso, qual o seu conceito, qual o juízo que se deve dele extrair (*significado*), isso para que se possa desenvolver o seu estudo a partir da projeção da sua imagem sobre o mundo dos fatos e bem assim da subsunção dos conflitos de interesses diuturnos ao seu juízo.

Aceita a idéia geral de que o *precedente*, sob à ótica jurídica, deve ser estudado como um signo, coloca-se a questão de saber-se, com maiores detalhes, qual o seu *significante* e qual o seu *significado*, para o que se faz necessário identificar a sua origem e a evolução desse instituto (*precedente*) ao longo dos tempos, bem como as influências das diferentes escolas e ramos do Direito na sua formação.

Pois bem, as pesquisas históricas demonstram que o signo *precedente* tem origem no Inglaterra do Século XVIII<sup>263</sup>, nascendo com a missão de emprestar maior estabilidade às decisões judiciais e assim fortalecer a credibilidade e o reconhecimento do trabalho realizado pelos juízes.

Com a declaração de Independência dos Estados Unidos das Américas do Norte, esse novo País começou a compreender o Direito sob uma nova perspectiva, culminando, ao depois, por adotar o *precedente* como Fonte de Direito. Precisamente em 1814, na oportunidade do julgamento do caso *Hepburn v. Griswold*, é que se passou a adotar os *precedentes* como técnica decisória no Direito estadunidense. Surge, a partir desse julgado, portanto, o que hoje se conhece como *stare decicis*, pelo que se passou a adotar a prática, até hoje mantida, de exigir-se a demonstração do equívoco do *precedente* para admitir-se a sua revogação<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> Fredie Didier JR.; Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira informam que na prática “foi definitivamente reconhecida em 1898, no caso *London Tramways Caompany v. London County Council*, oportunidade em que a Câmara dos Lordes inglesa não só tratou do efeito auto-vinculante do *precedente*, como também estabeleceu a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízes de grau inferior (a chamada eficácia vertical do *precedente*. (*Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.*, p. 885). Vale o registro de que Eduardo Appio também refere-se ao Século XVIII como sendo o de surgimento da técnica do *precedente* (*Controle difuso de ...*, op. cit., p. 25).

<sup>264</sup> *Ibidem*.

A experiência do ordenamento jurídico brasileiro com algo similar ao que hoje se conhece como *precedente* remonta ao período imperial, no qual foram adotados assentos<sup>265</sup> - firmados em Portugal e construídos pela Casa de Suplicação do Brasil - como forma compositiva de conflito de interesses surgidos nestas bandas<sup>266</sup>. Ao tempo de vigência da Constituição de 1824<sup>267</sup>, mais precisamente em 1875, veio ao mundo jurídico pátrio o Decreto nº 2.684, de 23.10.1875, por força do qual foi emprestado aos referidos assentos a força de lei<sup>268</sup>. Com a proclamação da República, os precitados assentos foram abandonados pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>269</sup>, introduzindo-se, a partir daí, dada a criação do Supremo Tribunal Federal, seguindo os ensinamentos do Direito estadunidense, o modelo marcado pelo recurso extraordinário.

Não se deve esquecer que, relativamente à história dos *precedentes* no Brasil<sup>270</sup>, em 1923, via do Decreto 16.273, de 20.12.23, foi criado o mecanismo do *prejulgado*, considerado esse como resultado de decisão proferida pelo plenário da Corte de Apelação do Distrito Federal, único órgão autorizado a emití-lo. Esse modelo foi revogado em 1926 e reintroduzido em 1930<sup>271</sup>. Os *prejulgados* foram também utilizados no Direito do Trabalho e no Direito Eleitoral, sendo, de igual modo, reafirmados pelo art. 891 do Código de Processo Civil de 1939, agora como meio de uniformização de

---

<sup>265</sup> Jorge Amaury Maia Nunes destaca que os assentos portugueses, originários das Ordenações, “são a primeira modalidade de efeito vinculante que se conheceu no direito luso-brasileiro”, para, ao depois, afirmar que “a interpretação, uma vez realizada pelo monarca, era dotada de efeito vinculante, cujo despreço implicava severas sanções para o desobediente”. (*Segurança jurídica e ...*, op. cit., p.p. 107- 111).

<sup>266</sup> Vale consultar sobre o tema José Rogério Cruz e Tucci (*Precedente judicial como ...*, op. cit., p. .233).

<sup>267</sup> Esse período do Direito Constitucional brasileiro foi estudado no Capítulo 2, item 2.2, desta Dissertação.

<sup>268</sup> *Ibidem*.

<sup>269</sup> Pontes de Miranda entendia os assentos como uma forma autoritária de elaboração de lei (Fontes e evolução do direito brasileiro, forense, 1928, p. 94).

<sup>270</sup> *Precedente judicial como ...*, op. cit., p. 237.

<sup>271</sup> José Rogério Cruz e Tucci ressalta que, em “plena época de dualismo processual, o Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo também acolheu o *prejulgado*, no art. 1.126, com o mesmo escopo de evitar interpretação divergente”, e lembra que 1936 o *prejulgado* foi estendido a todo o território nacional por meio da lei 319, de 25.11.36 (*Precedente judicial como ...*, op. cit., p. 238).



jurisprudência, método que, ao depois, foi englobado pela competência conferida ao Supremo Tribunal Federal para expedir súmulas<sup>272</sup>.

A primeira constatação que se pode extrair do estudo da origem do signo *precedente*, portanto, é a de que o mesmo nasceu carimbado pelas tradições do sistema *common law* de Direito, o qual está baseado na força das decisões anteriores. E é justamente em razão de o signo *precedente* ter origem no sistema inglês de Direito (*common law*) que se tem encontrado tantas resistências à aceitação dessa prática pelos operadores do Direito brasileiro, fato esse que vem sendo superado paulatinamente pela evolução legislativa que mais adiante será demonstrada.

### 3.2.1.2. Significante

Fixada a origem do signo *precedente*, não surgem dificuldades para então indicar-se o seu *significante*, porquanto a projeção da imagem de um *precedente* deve estar ligada a princípios que informam o Direito enquanto Ciência Social voltada para a prevenção e para a composição de conflitos de interesses, notadamente os princípios da força normativa da Constituição<sup>273</sup>, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da eficiência, esse último enfrentado sob à lente dos princípios processuais da economicidade e da celeridade.

Quando se fala em força normativa da Constituição em ambiente de controle difuso de normas no Brasil, tem-se que ter em mira que a formação de um *precedente* pelo Supremo Tribunal Federal relativamente a um dispositivo da Carta Política importa pronúncia sobre aquele tema e, como consequência, criação de parâmetro para a composição de outros casos concretos idênticos<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> *Idem*, p.p 239-246.

<sup>273</sup> A supremacia da Constituição foi estudada no Capítulo 1, item 1.3, desta Dissertação.

<sup>274</sup> Ao tecerem comentários sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco assinalam que a considerar que “que toda norma jurídica – e não apenas as normas da Constituição -, precisa de um mínimo de eficácia, sob pena de perder ou sequer adquirir a vigência de que depende a sua aplicação, impõe reconhecer que, ao menos sob esse aspecto, o *princípio da força normativa da Constituição* não encerra nenhuma

No que diz com os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, tem-se como certo que um *precedente* deve refletir a imagem de que todos os demais casos idênticos àquele que lhe deu causa (*precedente*), quando submetidos a julgamentos, devem ter o mesmo destino alcançado pelo caso paradigma. Segurança jurídica quer aqui significar segurança quanto ao que vier a ser decidido, certeza de que determinada conduta pode ser adotada, confiança em que o Poder Judiciário não mudará abruptamente de posição<sup>275</sup>. Já o princípio da proteção da confiança encontra suporte na crença e na previsibilidade dos atos que serão praticados pelo poder público, querendo isso significar racionalidade e transparência que conduzam à efetiva segurança de que não será o cidadão surpreendido por outra conduta do mesmo poder público<sup>276</sup>.

Ao confronta-se um *precedente* com o princípio constitucional da eficiência - entendido este como boa prática administrativas, pautada em redução de custos e, sobretudo, em resultados -, há que se trazer para o debate o princípio processual da celeridade, certo que, em consonância com esse princípio, um *precedente* deve passar para o jurisdicionado a certeza de que o mesmo não terá despesas exacerbadas e demora em obter uma prestação jurisdicional sobre causa que já tenha sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. É dizer: o *precedente* deve passar o sentimento de garantia

---

peculiaridade da interpretação constitucional, em que pese a sua importância nesse domínio hermenêutico, um terreno onde, sabidamente, em concreto, projeta-se sobre o restante do ordenamento e passa a orientar a sua interpretação". (*Curso de direito constitucional*, p. 111).

<sup>275</sup> Vale conferir sobre o tema o que escreveu Robert Alexy (*Teoria da argumentação jurídica*, 260).

<sup>276</sup> Focando o tema, J. J. GOMES CANOTILHO, registra que o "homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito. [...]. Estes dois princípios - segurança jurídica e proteção da confiança - andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a *proteção da confiança* se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante 'qualquer acto' de 'qualquer poder' - legislativo, executivo e judicial." (*Direito constitucional e teoria ...*, op. cit., p. 257).

de que demandas que venham a debater tema já decidido pela Corte Maior não estarão sujeitas ao moroso trâmite processual ao qual se submetem todas as demais querelas ainda não enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>277</sup>.

Pelo que foi colacionado neste tópico, já se está autorizado a afirmar que o *significante* de um *precedente* há que ser revelado pela segurança jurídica que o mesmo é capaz de espraiar. Em outras palavras: um *precedente* deve passar ao jurisdicionado a imagem de uniformidade e de resposta rápida, ou seja, de composição célere de eventuais conflitos de interesses cujo tema já tenha sido solvido no Tribunal local ou nos Tribunais Superiores.

### 3.2.1.3. Significado

Delimitado o *significante* de um *precedente*, impõe-se, como preliminar à sua definição, caracterizar o que se entende como seu *significado*, deixando-se desde logo claro que *significado* é parte integrante do conceito de signo, este engloba aquele, são coisas distintas, tanto assim é que a definição de *precedente* será feita no tópico seguinte<sup>278</sup>.

Feitas essas observações introdutórias, é chegado o momento de passar-se a visualizar o *precedente* não mais pela imagem que ele projeta, mas sim pelo conteúdo que deve o mesmo proclamar. Vale dizer: pela mensagem concreta que pode dele ser extraída enquanto instrumento jurídico capaz de orientar a composição célere de outros conflitos de interesses

---

<sup>277</sup> Algumas vezes pelo Tribunal Federal, pelo Estadual e Distrital, ou mesmo por outro Tribunal Superior que não o Supremo Tribunal Federal, tal como previsto nos arts. 557, § 1º-A e § 3º do art. 518.

<sup>278</sup> “O fundador da lingüística moderna chama-se Ferdinand de Saussure. Saussure trouxe novos caminhos para a lingüística, graças ao seu estudo sobre a língua e a fala (langue e parole). Para Saussure a língua foi imposta ao indivíduo, enquanto a fala é um ato particular. [...] A soma língua + fala resulta na linguagem. [...] Outro aspecto básico da doutrina saussuriana é a do signo lingüístico. O signo é o resultado de significado mais significante. [...] Toda palavra que possui um sentido é considerada um signo lingüístico. Exemplo: “Livro” é um signo lingüístico. Quando observamos o signo “livro” percebemos que ele é a união de som, conceito e escrita, ou seja, significado e significante.”.(encontrável no seguinte endereço eletrônico: <http://www.scribd.com/doc/6498593/Signo-Significante-e-Significado>). Acesso em 08.12.2010.

que veiculem a mesma controvérsia jurídica que levou à criação daquela decisão paradigmática.

O *Significado* de um *precedente* resulta precisamente da força decisória que pode dele ser retirada. Dito de outra forma, o *significado* de um *precedente* deve espelhar o desejo social do momento em que ele foi criado, deve refletir o anseio da maioria dos juristas que vivem o momento de sua criação e deve, sobretudo, ser construído com base na maioria de votos do colegiado que gerou a sua formação, tudo isso para que não parem dúvidas sobre a correção do caminho interpretativo eleito para criação do *precedente*<sup>279</sup>.

Para se alcançar o *significado* de um *precedente*, deve-se ter em mente que nem tudo que está na decisão deve ser considerado como *significado*, pois que *precedente* em si mesmo será tão-somente o núcleo decisório, aquilo que se convencionou chamar de *ratio decidendi*<sup>280</sup>, a qual deve ser vista como o núcleo fundamental da decisão proferida<sup>281</sup>.

Cumprir não perder de vista, neste particular, que, o acolhimento da pretensão de uma das partes não quer necessariamente significar a formação de um *precedente*, pois que o *precedente* não guarda relação direta com a pretensão, mas sim com o fundamento utilizado para a construção da decisão que resultou no acolhimento da pretensão buscada pela parte litigante, fundamento esse que poderá ser aplicado a outras situações similares. Como exemplo, pode-se aqui citar uma decisão que reconhece que determinado imposto não pode ser cobrado no mesmo exercício financeiro em

<sup>279</sup> As palavras de Eduardo Appio são esclarecedoras sobre esse tema: “um precedente terá tanto mais força quanto mais a interpretação através dele executada se mostre plausível, esteja absorvida pela cultura jurídica local e não represente uma “surpresa” para os litigantes, bem como próxima do texto constitucional e, finalmente, que alcance o maior número de votos possível. Os verdadeiros *precedentes* possuem uma força vinculante e atrativa dos direitos a serem concretizados nas novas decisões”. (*Controle de ..., op. cit., p.64*)

<sup>280</sup> Em outras palavras: é a razão decisória que será tomada como situação fático-jurídica antecedente capaz mesma de compor um conflito de interesses que seja futuro a sua criação.

<sup>281</sup> Jose Rogério Cruz e Tucci assenta que um *precedente* é composto por duas partes, a saber: as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e a tese ou princípio jurídico plasmado na motivação do provimento decisório, o que ele chama de *ratio decidendi*. (*Precedente judicial como fonte de direito*, p. 12).

que foi instituído. A pretensão do contribuinte que impugnou individualmente tal exigência certamente é a de não recolher aquele tributo. A decisão tomada, contudo - por ter sido construída a partir do confronto da norma instituidora do tributo com a Constituição Federal -, além de decidir o caso, acolhendo ou rejeitando a pretensão, terá sua *ratio decidendi* (fundamento) certamente lançada sobre outros casos similares, mas cujas pretensões possam ser distintas, tal como um pedido de restituição do que foi recolhido em detrimento do não-pagamento<sup>282</sup>.

Não integram, de igual sorte, o *significado* do *precedente* os argumentos utilizados unicamente com o fito de reforçar a tese central que decidiu a demanda. Estamos aqui a falar dos chamados *obiter dictum*, ou seja, os fundamentos fáticos ou mesmo de direito que não são fundamentais para a formação do *precedente* que deu cabo ao conflito de interesses.

O *Significado* de um *precedente*, portanto, deve ser compreendido como o núcleo essencial de uma determinada decisão, núcleo esse que, por sua consistência e uniformidade, é capaz de ser utilizado em outros casos similares, ainda que as pretensões veiculadas em cada um desses casos sejam diferenciadas<sup>283</sup>.

#### 3.2.1.4. Definição

Em compasso com tudo o que exposto nos tópicos anteriores, pode-se então definir *precedente* como sendo o núcleo essencial de uma decisão judicial (*significado*) que, já uniformizada, seja capaz de irradiar

---

<sup>282</sup>. Nesse sentido o acórdão que segue: Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CPMF. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. 1. A submissão da CPMF ao princípio da anterioridade nonagesimal (art. 195, § 4º, da CF/88) foi reconhecida pelo Plenário desta Corte no julgamento da ADI 1497, DJ de 13/12/2002. 2. Prorrogação da Lei 9.311/96 pela Lei 9.539/97. Legitimidade. Conforme assentado no julgamento pelo Plenário no julgamento da ADI 2.666 (DJ de 06/12/2002) "o princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente aos casos de instituição ou modificação da contribuição social, e não ao caso de simples prorrogação (STF-RE382470 AgR/MG, Relator Ministra Ellen Gracie, Julgado em 26.08.2003 e publicado no Diário de Justiça do dia 19.09.2003).

<sup>283</sup> Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca registram que esse núcleo decisório encerra o *precedente*, o qual somente poderá ter a sua força medida com a aplicação a outros casos (*Tratado da argumentação. A nova retórica*, p. 404).

segurança e credibilidade aos jurisdicionados e que, ao mesmo tempo, possa ser utilizada para a composição de outros conflitos de interesses (*significante*), preservando-se os direitos fundamentais<sup>284</sup> dos litigantes<sup>285</sup>.

Nota importante a ser feita quando se define *precedente* está em sublinhar que, conquanto se admita a aplicação da *ratio decidendi* de uma demanda à outra similar, não se pode jamais ignorar ou mesmo violar os direitos fundamentais do jurisdicionado, ao qual deve ser sempre resguardado o direito de demonstra que a pretensão por ele buscada não se enquadra na hipótese cristalizada no *precedente*<sup>286</sup>. Deve-se, pois, assegurar às partes o sagrado direito de estar em juízo e, sobretudo, de exercer plenamente a defesa de seus interesses.

### 3.2.2. Jurisprudência versus Precedentes

A prática diuturna da Advocacia no Brasil<sup>287</sup> acabou por equiparar *precedente* e *jurisprudência*. É muito comum nas peças jurídicas e até mesmo em obras literárias de Direito constatar-se a confusão que se faz entre o signo *precedente* e o termo *jurisprudência*.<sup>288</sup> A frase recorrente a ser citada como ilustrativa dessa situação é a seguinte: “existe farta jurisprudência sobre esse tema na Corte”.<sup>289</sup>

<sup>284</sup> Sobre o conceito de normas de direitos fundamentais recomenda-se a leitura de Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, p.p. 50-76).

<sup>285</sup> Ao definir *precedente* Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira assim se manifestam: “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. (*Curso de direito processual* ..., op. cit. p. 381).

<sup>286</sup> Essa hipótese é tratada nos Estados Unidos das Américas como *Overruling* e será objeto de estudo em tópico subsequente.

<sup>287</sup> Assim também em outros Países como Portugal, tal qual anotado por J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e ...op. cit.*, p. 968).

<sup>288</sup> Washington de Barros Monteiro ao versar sobre o valor da *jurisprudência*, utiliza esse termo como sinônimo de *precedente*, e afirma que “diversificam profundamente os sistemas jurídicos contemporâneos. Para o anglo-saxão, de direito costumeiro, considerável é a sua importância,. A parte que tem em seu favor os *precedentes* judiciais ganhará certamente a demanda. [...] No sistema latino, entretanto, bem menos significativo é seu papel. Embora os *precedentes* constituam precisas fontes de consulta, nem por isso estão os juizes obrigados a segui-los. Por mais reiterada que seja a jurisprudência, não constitui norma imperativa, como fonte normal do direito positivo”. (*Curso de direito civil*, p. 20).

<sup>289</sup> Ementa: NÃO CABE CONDENAÇÃO EM HONORARIOS DE ADVOGADO NA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, NOS TERMOS DA SÚMULA 512, CUJA PREVALENCIA NÃO FOI AFETADA PELO ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

*Jurisprudência* e *precedente*, contudo, não encerram a mesma mensagem jurídica, não são sinônimos, bastando para iniciar-se esse debate a assertiva de que o segundo é singular, solitário mesmo<sup>290</sup>, indicador de um único comando decisório para uma determinada questão jurídica; ao passo que a primeira é plural, coletiva mesma, querendo isso significar a possibilidade de mais de um comando decisório para uma mesma questão jurídica.

Necessário, portanto, diferenciar-se, com mais profundidade, o signo *precedente* do termo *jurisprudência*, o que se passa doravante a fazer.

Não se vai aqui discorrer sobre *precedente*, até porque dito signo foi objeto de abordagem no tópico anterior. Limitar-se-á, pois, a relembrar a sua definição enquanto decisão judicial capaz de irradiar segurança e compor outros conflitos de interesses. Já no que toca à *jurisprudência*, tem-se que aprofundar o mergulho investigativo para, ao depois de sua definição, identificar-se qual é a sua posição na formação do ordenamento jurídico, especialmente para saber-se se esta é ou não é Fonte do Direito<sup>291</sup>.

---

JURISPRUDÊNCIA FARTA E REITERADA DAS DUAS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NESSE SENTIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (STF-RE86655/RS, Relator Ministra Xavier de Albuquerque, Julgado em 11.10.1977 e publicado no Diário de Justiça do dia 31.10.1977).

<sup>290</sup> Nesse sentido as súmulas dos Tribunais, quais são únicas no que toca ao assunto versado, conquanto estejam baseadas em jurisprudência (conjunto de julgados) da Corte, sendo exemplo a súmula vinculante de nº 09 do Supremo Tribunal Federal: A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar. (STF-SV nº 09, aprovada em 11.06.2008 e publicada no Diário de Justiça do dia 20.06.2008).

<sup>291</sup> José Rogério Cruz e Tucci aponta a importância de ter-se sempre presente que “a locução *fonte do direito*, no campo do discurso jurídico, tem dupla acepção, significando, por um prisma, a origem do direito objetivo e, por outro, o veículo de conhecimento do direito. Assim, pelo ângulo da história, fala-se em *fonte de cognição* para indicar tudo aquilo de que se pode valer o estudioso par reconhecer o direito de uma determinada experiência jurídica do passado ou o *locus* onde ele se revela. Tanto um texto epigráfico (inscrição em pedra) pode servir de fonte como um poema antigo ou mesmo uma epístola de cunho particular estampada em um papiro egípcio. [...] A ciência jurídica tradicional, por outro lado, designa como *fontes formas de produção do direito* os modos pelos quais o direito se manifesta, ou seja, as *formais de expressão do direito*” (*Precedente judicial como ...op.*, cit, p. 20).

A definição mais simples de jurisprudência é a que lhe põe como o conjunto de decisões proferidas pelos tribunais<sup>292</sup>. Miguel Real define-a “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<sup>293</sup>”. Pretendendo-se reduzir a definição às áreas específicas do Direito, pode-se então cunhar jurisprudência como sendo o conjunto de decisões judiciais relativa a um determinado tema de um dado ramo do Direito. Externada de outra forma a idéia, tem-se que jurisprudência é o conjunto coerente de decisões judiciais proferidas pelos tribunais<sup>294</sup> relativamente a certos temas que lhes foram levados várias vezes à apreciação.

O registro que deve ser feito quando se trata de *jurisprudência*, é que esse termo encerra mais de uma decisão, vale dizer, conjunto de decisões sobre um determinado tema<sup>295</sup>. Não fosse esse o entendimento, inexistiria a figura dos Embargos de Divergência<sup>296</sup>, instrumento recursal esse que sabidamente pretende uniformizar as diferentes posições externadas por órgãos fracionários dos tribunais. Assim também o conhecido incidente de uniformização de jurisprudência<sup>297</sup>, qual tem também por objetivo uniformizar o pensamento de uma determinada Corte. Há que se juntar ainda a

---

<sup>292</sup> A. L. Machado Neto, após aludir que a expressão “*jurisprudência*” comporta dois sentidos bem distintos (Ciência do Direito e Repetição de Decisões) define-a como “reiterada posição de uma dada solução judicial de casos análogos. (*Compêndio de introdução à Ciência do Direito*, p. 212).

<sup>293</sup> Importante referir que o citado autor, ao diferenciar Filosofia do Direito de Ciência do Direito, utiliza a expressão “*Jurisprudência*” grafando-a com letra maiúscula para equipará-la à última locução (Ciência do Direito). São estas as palavras do Mestre: “A Ciência do Direito, ou *Jurisprudência* – tomada esta palavra na sua acepção clássica -, tem por objeto o fenômeno jurídico como ele se encontra historicamente realizado. Vejam bem a diferença. A Ciência do Direito estuda o fenômeno jurídico tal como ele se concretiza no espaço e no tempo, enquanto que a Filosofia do Direito indaga das condições mediante as quais essa concretização é possível”. (*Lições preliminares de direito*, p.p. 16 e 167).

<sup>294</sup> Compreenda-se a expressão como abarcante de todos os seus membros, ou seja: desembargadores, nos Tribunais federais estaduais e distrital; e Ministros, nas hipóteses de Tribunais Superiores. Cabe aqui lembrar que sentença não pode ser vista como jurisprudência, pois é norma individual e concreta, aplicável a somente o caso composto. Confira-se nesse sentido A. L. Machado Neto, *idem*.

<sup>295</sup> *ibidem*

<sup>296</sup> Tal recurso está previsto no art. 546 do Código de Processo Civil, sendo cabível quando a decisão da turma, em recurso especial, divergir do julgado de outra turma, da seção ou do órgão especial, e, em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário.

<sup>297</sup> O procedimento de uniformização de jurisprudência está regulado pelo art. 476 do Código de Processo Civil, tendo lugar sempre que se verificar divergência de entendimento sobre o tema no Tribunal.



esses instrumentos jurídicos os recursos extraordinários, especiais e de revista, os quais, dentre outras, têm também como função primacial uniformizar a jurisprudência respectivamente relativa às matérias constitucional, infraconstitucional e trabalhista.

Relembre, por oportuno, que a alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal prevê explicitamente a hipótese de recurso especial quando a decisão recorrida der a Lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal<sup>298</sup>. O mesmo ocorre quando o recurso de revista tem suporte nas alíneas “a” e “b” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>299</sup>. Existe ainda a hipótese de recorribilidade prevista na alínea “b” do art. 276 do Código Eleitoral<sup>300</sup>, via da qual se pode interpor recurso especial para o Tribunal Superior Eleitoral quando ocorrer divergência na interpretação<sup>301</sup> de lei entre dois ou mais Tribunais Regionais Eleitorais<sup>302</sup>.

<sup>298</sup> “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...] c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal [...]”. (Constituição Federal, encontrável em <http://www.planalto.gov.br>). Acesso em 23.11.2010.

<sup>299</sup> Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte; b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a; [...]. Lei federal nº 5.452, de 01.05.1943, encontrável em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23.11.2010.

<sup>300</sup> “Art. 276. As decisões dos Tribunais Regionais são terminativas, salvo os casos em que cabe recurso para o Tribunal Superior: I – especial: a) quando forem proferidas contra [...]; b) quando ocorrer divergência na interpretação de lei entre 2 (dois) ou mais tribunais eleitorais; [...]” (Lei federal nº 4.737, de 15.07.1965, encontrável em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.11.2010).

<sup>301</sup> Discorrendo sobre a Proposta do Novo Código de Processo Civil o Ministro Luiz Fux deixa claro que somente a jurisprudência consolidada deve ser utilizada como precedente: Veja-se: “A Força da Jurisprudência adquiriu notável relevo em todos os graus de jurisdição, viabilizando a criação de filtros em relação às demandas *ab origine*, autorizando o juiz a julgar a causa de plano consoante a jurisprudência sumulada e oriunda das teses resultantes dos recursos repetitivos, sem prejuízo de tornar obrigatório para os tribunais das unidades estaduais e federais, a adoção das teses firmadas nos recursos representativos das **controvérsias**, previstos no artigo 543-C do CPC, evitando a desnecessária duplicação de julgamentos, além de fortalecer uma das funções dos Tribunais Superiores, que é a de uniformizar a jurisprudência do país. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: ([http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia.aspx?cod=101614](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=101614)). Acesso em 12.11.2010

<sup>302</sup> Leia-se a redação do dispositivo citado:

Ora, se é certo que existem recursos específicos para uniformizar a jurisprudência dos tribunais e de igual modo fazer prevalecer a força normativa da Constituição, especialmente no Direito pátrio, como acima demonstrado<sup>303</sup>, mais certo ainda é afirmar que o conceito de jurisprudência admite mais de um núcleo decisório sobre um mesmo tema - caso contrário inexisteriam esses recursos -, emergindo daí, precisamente, a diferença entre o termo *jurisprudência* e o signo *precedente*<sup>304</sup>.

Como se vê, o termo *jurisprudência* não se confunde com o signo *precedente*, modo pelo qual se pode afirmar que somente o segundo (*precedente*) deve ser visto como Fonte do Direito<sup>305</sup>, porquanto a primeira (*jurisprudência*) não encerra a manifestação última da Corte<sup>306</sup>. E isso porque a *jurisprudência*, por não ser singular, mas sim coletiva, antes que seja uniformizada, antes de extraí-se dela (*jurisprudência*) o seu núcleo essencial decisório, não pode ser vista como *precedente*, ou seja, núcleo decisório único capaz de ser aplicado, com segurança jurídica<sup>307</sup>, a outros casos similares. Reafirma-se: o termo *jurisprudência* não espelha uma imagem ou um comando

<sup>303</sup> Rememore-se que no Direito Espanhol existe o recurso de amparo, tal como previsto no art. 53, item 2, da Constituição Espanhola. Esclarecedoras são as palavras expostas sobre esse instrumento jurídico por Francisco Fernández Segado (*La jurisdicción constitucional en España*, p.p. 81-83). No Direito alemão conhecesse a figura do *Verfassungsbeschwerde*.

<sup>304</sup> Tercio Sampaio Ferraz Jr. não vê diferenças entre o termo jurisprudência e o que se chama aqui de signo *precedente*, preferindo estudar a primeira partindo do conceito de costumes. (*Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação*, p.p. 206-211).

<sup>305</sup> Sobre a jurisprudência como fonte de direitos, escreve Tercio Sampaio Ferraz Jr.: “Em suma, a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, “fonte” *interpretativa* da lei, mas não chega ser fonte do direito. No caso da criação normativa *praeter legem*, quando se suprem lacunas e se constituem normas gerais, temos antes um caso especial de *costume*. Restariam, talvez, como exemplos de fonte genuinamente jurisprudencial, alguns casos de decisões *contra legem* que existem sobretudo na área do Direito do Trabalho; este, por sua natureza específica, voltado não tanto à regulação do conflitos, mas a uma verdadeira proteção ao trabalhador, permite a constituição de normas gerais com base na *equidade*”. (*Introdução ao Estudo ...*, op. cit. p. 211).

<sup>306</sup> Miguel Reale não deixa dúvidas quando reconhece a jurisprudência como fonte do Direito. São suas essas letras: “se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de *fonte* de Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser “de direito” no caso concreto. O magistrado, em suma, interpreta a norma legal situado numa “estrutura de poder”, que lhe confere competência para converter em sentença, que é uma *norma particular*, o seu entendimento da lei [...] Numa compreensão concreta da experiência jurídica, como é a teoria tridimensional do Direito, não tem sentido continuar a apresentar a Jurisprudência ou o costume como fontes acessórias ou secundárias. (*Lições preliminares de ...*, op. cit., p. 169) . No mesmo sentido A. L. Machado Neto. (*Compêndio de introdução à ...*, op. cit. p.p. 212-214).

<sup>307</sup> Sobre segurança jurídica sugere-se a leitura dos apontamentos feitos por Jorge Amaury Maia Nunes. (*Segurança jurídica e ...*, op. cit., p.p. 77-126).

decisório único<sup>308</sup>, mas sim várias imagens e diferentes comandos decisórios<sup>309</sup>.

Para definitivamente diferenciar-se *jurisprudência* de *precedente*, há que ser reafirmado que o conjunto de decisões de um Tribunal (*jurisprudência*) somente deve servir como referência para a composição de conflitos de interesses quando for uniformizado pela respectiva Corte. Ocorre que, em se verificando tal situação, a *jurisprudência* deixa o seu espaço de atuação para ingressar no campo de domínio do *precedente*, sendo certo que já nesse instante se está autorizado a reconhecer na uniformização daqueles antigos julgados (*jurisprudência* como conjunto) as erupções de um *significante* (credibilidade) e de um *significado* (núcleo decisório único), passando, então, a uniformização daqueles julgados - que antes eram tidos tão-somente como *jurisprudência* -, a ser vista como um *precedente*.

Segundo esse raciocínio, pode-se afirmar que *jurisprudência* não é Fonte de Direito<sup>310</sup>, mas sim meio para se alcançar a

---

<sup>308</sup> Miguel Reale, ao discorrer sobre a uniformização da jurisprudência, salienta a importância do *precedente* firmado pelo Supremo Tribunal Federal, com o que - pensa-se - acaba, talvez sem perceber, estabelecendo a diferença que ora se acentua entre jurisprudência e *precedente*, veja-se: “O Supremo Tribunal Federal, [...] pronuncia-se, em caráter ordinário e extraordinário, sobre as decisões dos tribunais locais. Quando, porém, uma decisão do Supremo Tribunal passa em julgado, não comportando qualquer espécie de recurso, atingimos o ápice da atividade jurisprudencial. [...] Há uma diferença de grau entre as jurisprudências. As jurisprudências dos dois tribunais supra-referidos têm mais força, porquanto, aos poucos, os juizes vão se ajustando aos julgados dos órgãos superiores”. Mais adiante assenta: “Os recursos ordinários e extraordinários ao Supremo Tribunal, por exemplo, vão estabelecendo a possível uniformização das decisões judiciais, tendo partido de nossa mais alta Corte de Justiça a iniciativa de coordenar ou sistematizar as tese consagradas em reiteradas decisões. São as “súmulas” do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que periodicamente vêm sendo atualizadas, constituindo, não um simples repertórios de ementas e acórdãos, mas sim um sistema de normas jurisprudências a que as Cortes, em princípio, subordinam os seus arestos”. E prossegue: “Podemos dizer que as súmulas são como que uma sistematização de prejulgados, ou numa imagem talvez expressiva, “o horizonte da jurisprudência”, que se afasta ou se alarga à medida que se aprimoram as contribuições da Ciência Jurídica, os valores da doutrina, sem falar, é claro, nas mudanças resultantes de novas elaborações do processo legislativo. ( *Lições preliminares de ...*, op. cit. p. 174- e 175).

<sup>309</sup> Os diferentes comandos que por vezes emanam da jurisprudência de um determinado tribunal são as justificativas para o cabimento dos Embargos de Divergências, tais como previstos no art. 546 do Código de Processo Civil. Colaciona-se ainda como demonstrativa da diferença entre jurisprudência e *precedente* o chamado incidente de uniformização de jurisprudência previsto no art. 476 do mesmo Código.

<sup>310</sup> A. L. Machado Neto tem posição totalmente oposta a que aqui se defende, afirmando, nesse sentido, que “A palavra jurisprudência tem, pelo menos, dois sentidos fundamentais. Num deles ela é sinônimo de ciência do direito ou dogmática jurídica. Nesse sentido, é freqüente o seu uso nos autores de língua inglesa. Não é, evidentemente, nesse sentido, que aqui utilizamos o

Fonte. O que verdadeiramente é Fonte do Direito não é a *jurisprudência* em si, antes o resultado da sua uniformização, da transformação das várias decisões em um único núcleo decisório. A verdadeira Fonte de Direito - enquanto resultado de decisões judiciais - não está, pois, na *jurisprudência* de uma determinada Corte, mas sim nos *precedentes* que esta (Corte) forma, visto que esses (*precedentes*), ao contrário daquela (*jurisprudência*) espelham o resultado final de todas as interpretações jurídicas feitas pelo Tribunal sobre um determinado tema ou sobre uma dada norma jurídica<sup>311</sup>.

Para comprovar a assertiva antes enunciada, traz-se à colação *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal que funcionaram como verdadeiras Fontes de Direitos novos, quais sejam: (1) a decisão plenária que cuidou da fixação do número de cadeiras nas Câmara de Vereadores, conhecido como caso Mira Estrela, Relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, no qual o Supremo Tribunal Federal, à míngua da atuação do Congresso Nacional, definiu as regras para a fixação do número de vereadores de acordo com a sua população<sup>312</sup>; (2) o acórdão do plenário que decidiu a questão da Raposa Serra do Sol, relatado pelo Ministro Ayres Britto, via do qual foram definidas regras para demarcações futuras de terras indígenas<sup>313</sup>; (3) o julgado do plenário que decidiu sobre a utilização de células-tronco nas pesquisas científicas, relatado pelo Ayres Britto, com destaque para o voto proferido pelo saudoso Ministro Menezes Direito, no qual também foram definidas regras para a realização dos trabalhos científicos<sup>314</sup>; (4) o acórdão do plenário que decidiu a questão do direito de greve dos servidores públicos, relatado pelo Ministro

---

termo. [...] Num segundo e mais freqüente sentido, a palavra jurisprudência refere-se a reiterada repetição de uma dada solução judicial de casos análogos. É óbvio que apenas nesse último sentido pode-se entender jurisprudência com fonte de direito". (*Compêndio de introdução à ...*, op. cit., p. 212)

<sup>311</sup> A jurisprudência - pensa-se - somente poderia ser considerada como fonte do Direito se fosse classificada em *lato* e *stricto sensu*, passando-se, então, a considerar o *precedente* como jurisprudência *stricto sensu*, vale dizer: decisões judiciais reiteradas e já uniformizadas. Assim, ter-se-ia como *jurisprudência lato sensu* aquelas decisões judiciais que, embora reiteradas, ainda não tenham sido uniformizadas.

<sup>312</sup> STF-RE 5197917/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 06.06.2002 e publicado no Diário de Justiça do dia 07.05.2004.

<sup>313</sup> Consulte STF-Pet 3388/RR, Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 19.03.2009 e publicado no Diário de Justiça do dia 24.09.2009.

<sup>314</sup> Leia STF-ADI 3510/DF, Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 29.05.2008 e publicado no Diário de Justiça do dia 29.05.2008.

Eros Grau<sup>315</sup> e, finalmente, (5) o acórdão relatado pela Ministra Ellen Gracie que definiu a necessidade de observância ao princípio da anualidade eleitoral, mesmo em hipótese de edição de Emenda Constitucional<sup>316</sup>.

Diante de tudo o que foi colocado, há de ficar, como importante assento, que, para fins da presente pesquisa científica, não se reconhece a jurisprudência como Fonte de Direito<sup>317</sup>, mas sim como semente que dá vida aos *precedentes*<sup>318</sup>, esses sim, verdadeiramente Fontes de Direitos<sup>319</sup>.

### 3.2.3. Classificação dos *Precedentes*

Enquanto elemento resultante de interpretações uniformes e constantes<sup>320</sup> capazes de emprestar sentido geral e orientação para a composição de conflito de interesses que guardem similaridade, os *precedentes* podem ser formados a partir de diferentes motivações, bem como ingressarem no mundo jurídico com díspares finalidades. Daí falar-se em classificação de *precedentes*, classificação essa que tem finalidade eminentemente didática, mais que em muito facilitará o desenvolvimento da presente pesquisa científica.

Em linhas gerais, os *precedentes* podem ser classificados quanto ao seu conteúdo e quanto aos seus efeitos. Os primeiros subdividem-se em declarativos e criativos; os segundos, em persuasivos, obstativos de

---

<sup>315</sup> Confira-se STF-MI 712/PA, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 25.10.2007 e publicado no Diário de Justiça do dia 25.10.2007.

<sup>316</sup> Consulte STF-ADI 3685/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 22.03.2006 e publicado no Diário de Justiça do dia 10.03.2006.

<sup>317</sup> Ressalvada a hipótese de sua classificação em *lato e estricto sensu*, como assentado anteriormente.

<sup>318</sup> Lenio Luiz Streck expressa pensamento completamente diverso quando assenta ser “induidoso que a jurisprudência no Brasil se constitui, além de fonte de normas jurídicas gerais, em uma fonte subsidiária de informação e alimentação ao sistema de produção de normas jurídicas” (*Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*, p. 86).

<sup>319</sup> Relembre-se que A. L. Machado Neto entende que a jurisprudência é sim fonte de direito, com já salientado em nota anterior. (*Compêndio do introdução à ...*, op. cit., p. 212).

<sup>320</sup> Referindo-se à jurisprudência, Tercio Sampaio Ferraz Jr. registra que não se pode desconhecer a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação (*Introdução ao Estudo ...*, op. cit., p. 211.)

recursos e, vinculativos<sup>321</sup>. Ousa-se ainda classificar os *precedentes* - tomando-se em linha de princípios o ordenamento jurídico brasileiro -, quanto à sua formação, em infraconstitucionais e constitucionais; quanto à sua origem, em estaduais, regionais e nacionais e quanto ao seu alcance, em horizontais e verticais.

Vejam os cada um dos tipos de *precedentes*, iniciando-se pela classificação quanto à formação e quanto à origem que por ora se lhe dá.

### **3.2.3.1. Quanto à Origem: *Precedentes* Estaduais, regionais e nacionais**

Foi dito, linhas passadas, que, quanto à origem, os *precedentes* podem ser estaduais, regionais e nacionais. Tal classificação decorre da própria estruturação do Poder Judiciário brasileiro, que, segundo o art. 92 da Constituição Federal, é exercício nessas três esferas, vale dizer: pelos tribunais estaduais e do Distrito Federal, pelos tribunais eleitorais, pelos tribunais regionais federais e regionais do trabalho e pelos Tribunais Superiores, ou seja: o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal Militar, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Segundo essa luz de pensamento, pode-se afirmar que o *precedente*, quando é formado por um Tribunal Regional, seja do trabalho, seja federal, será classificado como um *precedente* regional; será tido como estadual ou Distrital o *precedente* que resultar das atuações dos tribunais estaduais, incluídos aqui os tribunais eleitorais dos Estados, ou do Distrito Federal, respectivamente; será classificado como nacional o *precedente* que tiver origem em um Tribunal Superior.

---

<sup>321</sup> Classificação essa tomada por empréstimo da obra de autoria conjunta de Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, Fredie (*Curso de direito processual civil ... op. cit.*, p.p. 387-391).

Em conclusão, deve-se estar sempre atento para o fato de que os *precedentes* regionais, estaduais e distritais estarão sempre sujeitos ao controle do Supremo Tribunal Federal quando veicularem tema constitucional<sup>322</sup> e estarão jungidos aos respectivos tribunais especializados (TST, STJ, TSE e STM) quando versarem temas infraconstitucionais.

### **3.2.3.2. Quanto à Formação: *Precedentes* Infraconstitucionais e Constitucionais**

Como decorrência lógica da classificação anterior, os *precedentes* poderão ser tidos como infraconstitucionais ou constitucionais. Esses haverão sempre que versar tema constitucionais; aqueles temas não constitucionais.

Nota importante a ser feita quanto a essa classificação é a de que, em tema de *precedentes* constitucionais, haver-se-á sempre que se observar a regra da reserva de plenário e a instauração de incidente de argüição de inconstitucionalidade sempre que a construção dos mesmos (*precedentes*) for derivada da declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público. Nestas hipóteses, a matéria poderá chegar ao Supremo Tribunal Federal mediante recurso extraordinário interposto com amparo na alínea “b” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal<sup>323</sup>.

Quando os *precedentes* constitucionais versarem matéria que não tenha sido objeto de declaração de inconstitucionalidade, poderão eles, ainda assim, ser confirmados ou superados pelo Supremo Tribunal Federal, bastando, para tanto, que sejam impugnados mediante recursos extraordinários interpostos com suporte nas alíneas “a” ou “c” ou “d” do imperativo constitucional antes declinado, tudo depender do caso concreto.

---

<sup>322</sup> Desde que cabível recurso extraordinário. Também poderá o tema chegar ao Supremo Tribunal Federal mediante ação de descumprimento de preceito fundamental. Anote-se também que a questão constitucional debatida pelos tribunais estaduais poderá ser alçada à Corte Maior pela via do controle abstrato, vale dizer: mediante ações direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade. Em quaisquer dessas hipóteses, o *precedente* será classificado como nacional.

<sup>323</sup> Ressalvada a hipótese de questionamento da constitucionalidade da norma diretamente ao Supremo Tribunal Federal mediante controle abstrato.

No concernente aos *precedentes* infraconstitucionais, sobreleva ressaltar que os mesmos, quando firmados por tribunais estaduais, eleitorais, distrital ou federais poderão vir a ser reexaminados pelos respectivos Tribunais Superiores (STJ, STM, TST, TSE), desde que aviaados os respectivos recursos próprios, podendo assim, ser confirmados, tornando-se nacionais; ou revogados, cassando-se-lhes os efeitos.

### 3.2.3.3. Quanto ao Conteúdo: *Precedentes Declarativos e Criativos*

*Precedentes* declarativos são aqueles formados a partir de interpretações literais de normas jurídicas. Neles não se faz mister a construção de um entendimento jurídico novo que venha a suprir eventual lacuna legal, sendo essa última característica própria dos *precedentes* criativos<sup>324</sup>.

Assim é que, nos *precedentes* declarativos, o Tribunal diz qual é a interpretação que deve ser emprestada a um determinado comando legal preexistente<sup>325</sup>, ao passo que nos *precedentes* criativos o Tribunal avança e, mediante processo também interpretativo, constrói um entendimento jurídico que preencha eventual vazio legislativo. Exemplo de *precedente* criativo pode ser extraído do mandado de injunção aqui já citado que resolveu o problema do exercício do direito de greve dos servidores públicos<sup>326</sup>; podendo ser citado como exemplo de *precedente* declarativo aquele cristalizado na súmula 660 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto<sup>327</sup>.

Ao fim deve ser colacionado que mesmo nos *precedentes* declarativos existem margens para a criação, pois o processo interpretativo, do qual resulta a diferença entre lei e norma - essa como resultado da

---

<sup>324</sup> Importante consultar sobre essa classificação o que foi lançado por Marcelo Alves dias de Souza (*Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 51).

<sup>325</sup> Vale conferir o que foi dito no Capítulo 1, item 1.4.3.2, desta Dissertação sobre interpretação conforme a constituição.

<sup>326</sup> Consulte-se, uma vez mais, STF-MI 712/PA, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 25.10.2007 e publicado no Diário de Justiça do dia 25.10.2007.

<sup>327</sup> Confira-se ainda STF-RE 173873/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 08.09.2009 e publicado no Diário de Justiça do dia 15.10.2009.



interpretação daquela - conduz o aplicador da lei, muitas das vezes, ou mesmo na maioria delas, a extrair da lei a norma que lhe parece mais adequada dentre as possíveis para a composição daquele conflito de interesses específico<sup>328</sup>. Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira bem asseveram essa possibilidade quando escrevem que “o fato de ser declarativo o *precedente* não descaracteriza a criatividade judicial”<sup>329</sup>.

### 3.2.3.4. Quanto aos Efeitos: *Precedentes Persuasivos*, *Precedentes Vinculativos*, *Precedentes Obstativos de Recursos*, *Precedentes Antecipatórios de Decisões Recursais*

A classificação dos *precedentes* quanto aos seus efeitos é a que mais interessa para a presente pesquisa científica, porquanto é justamente através do alcance de cada um deles (*precedentes*) que se vai constatar verdadeiramente a edificação de um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Pois bem, como *precedentes* persuasivos são reconhecidos aqueles que não têm força obrigatória e não servem como obstáculo ao curso processual, estando, pois, restritos a lançarem uma orientação sobre a composição de uma determinada questão infraconstitucional ou constitucional, à luz do que já decidido pelo Tribunal<sup>330</sup>. Tomem-se como exemplos de *precedentes* persuasivos<sup>331</sup> aqueles que podem autorizar, por exemplo, a interposição de recursos extraordinário, especial ou de revista.<sup>332</sup> Relembre-se, por oportuno, que as decisões judiciais que ainda

<sup>328</sup> Impende rememorar que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto foi estudada no Capítulo 1, item 1.4.3.1, desta Dissertação.

<sup>329</sup> *Curso de direito processual ...*, op. cit. p. 387).

<sup>330</sup> Sobre o tema, amparados nas lições de José Rogério Cruz e Tucci, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira escrevem que *precedente* persuasivo (*persuasive precedent*) não tem eficácia vinculante; possui apenas força persuasiva (*persuasive authority*), na medida em que constitui “indício de uma solução racional e socialmente adequada”. (*Curso de direito processual ...*, op. cit. p. 391).

<sup>331</sup> *Ibidem*.

<sup>332</sup> José Carlos Barbosa Moreira vaticina que a decisão do plenário ou do órgão especial que dê pela inconstitucionalidade ou pela constitucionalidade é tão-somente vinculativa para o órgão fracionário naquele caso concreto, defendendo ainda que nenhuma regra existe que torne obrigatória a adoção da decisão anteriormente tomada para um caso futuro (*O novo processo civil...*, op. cit. 183). Registre-se, desde logo, que, mais adiante, será defendida a

não foram uniformizadas no seio da Corte, ou seja, aquelas que ainda comportem recursos internos ou que não tenham sido submetidas, quando cabível, à uniformização de jurisprudência, não podem ser vistas como *precedentes*, mas tão somente como jurisprudência<sup>333</sup>.

*Precedentes* vinculativos são aqueles que o legislador tornou obrigatório para os demais operadores do Direito. Dito de outra forma, são aqueles que os magistrados inferiores não podem ignorar e que os administradores públicos têm de seguir, sob pena de reforma sumária. No ordenamento jurídico brasileiro aparecem como exemplos de *precedentes* vinculantes as decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade, nas ações de descumprimento de preceitos fundamentais e nos conteúdos das súmulas vinculantes<sup>334</sup>.

*Precedentes* obstativos de recursos são aqueles que impedem os regulares trâmites de peças recursais que veiculem teses já sumuladas ou pacificadas pelo Tribunal recorrido. Assim são chamados esses *precedentes* porque os relatores designados para o exame dos recursos podem negar-lhes seguimento por despachos monocráticos sempre que se verificar que a questão que se pretenda debater já tenha sido decidida pela Corte para a qual se recorre<sup>335</sup>. O mesmo pode ser feito pelos Presidentes de tribunais quando da análise prévia de recursos especiais e extraordinários<sup>336</sup>. O procedimento obstativo também pode ser adotado pelo juiz sentenciante<sup>337</sup>, sendo também utilizado para a dispensa da remessa necessária em casos especiais<sup>338339</sup>.

---

vinculação dessas decisões como uma das premissas para a formação do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

<sup>333</sup> Nestes pontos, discorda-se dos demais exemplos citados por Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. (*Curso de direito processual ...*, op. cit. p. 391).

<sup>334</sup> Mais adiante será defendido que as decisões proferidas em incidente de arguição de inconstitucionalidade também são vinculantes para os órgãos fracionários do Tribunal pronunciante. Também será defendido que as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal possuem caráter vinculativo relativamente aos tribunais infraconstitucionais.

<sup>335</sup> Assim a cabeça do art. 557 do Código de Processo Civil.

<sup>336</sup> Nesse sentido o art. 544 do Código de Processo Civil.

<sup>337</sup> Tal com previsto no § 3º do art. 518 do Código de Processo Civil.

<sup>338</sup> A regra está posta no § 3º do art. 475 do Código de Processo Civil.

Existem, por fim, aqueles *precedentes* que podem ser reconhecidos como antecipatórios das decisões finais a serem proferido nos recursos. Está-se aqui a falar daquelas hipóteses nas quais o relator do recurso pode dar-lhe provimento sempre que a decisão do Tribunal recorrido estiver em confronto com o entendimento já assentado no Tribunal para o qual se recorre. Como se vê, nestas hipóteses, em lugar de obstar-se o seguimento do recurso, tem-se a antecipação da decisão que nele viria a ser proferida, decisão essa que, vale frisar, será prolatada monocraticamente<sup>340341</sup>.

Questão de suma importância que não pode deixar de ser aqui referida diz com o comando do *precedente* que se torna obrigatório e que deve ser observado pelos magistrados inferiores no julgamento de demandas similares. Isso porque somente a norma interpretada, o *significado*, a *ratio decidendi*, é que se torna obrigatória para aplicação em questão futuras<sup>342</sup>. Os demais fundamentos utilizados no julgado, próprios da composição daquele caso concreto<sup>343</sup>, e que não constituem o núcleo decisório essencial que levou à composição da lide, não são e nem podem ser tidos como obrigatórios. Vale repetir: o que efetivamente torna-se vinculante é o *significado* da decisão, o seu núcleo decisório essencial, a sua *ratio decidendi*<sup>344</sup>.

### 3.2.3.5. Quanto ao Alcance: Horizontais e Verticais

José Rogério Cruz e Tucci classifica como *precedente* vertical aquele que deriva de Tribunal de hierarquia superior, tendo como

<sup>339</sup> Sobre o assunto, vale conferir o que, amparados nas lições de José Rogério Cruz e Tucci (*Precedente judicial ...op.*, cit.) escreveu Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. (*Curso de direito processual ...*, op. cit. p. 390).

<sup>340</sup> Essa orientação normativa pode ser extraída da leitura dos §§ 3º e 4º do art. 544, do § 1º-A do art. 557, ambos do Código de Processo Civil.

<sup>341</sup> Para maiores esclarecimentos, confira-se as lições de José Rogério Cruz e Tucci (*Precedente judicial* como ...op., cit.) e Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. (*Curso de direito processual ...*, op. cit. p. 390).

<sup>342</sup> Ressalve-se que mais adiante serão tecidos comentários sobre a transcendência dos fundamentos determinantes. Registre-se também que Gilmar Ferreira Mendes, ao versar sobre ação declaratória de constitucionalidade, defende que não apenas a parte dispositiva da decisão é de obrigatória observância, antes também os seus fundamentos determinantes (*Ação declaratória de constitucionalidade*, p. 84).

<sup>343</sup> Não cabe aqui confundir núcleo essencial decisório com o dispositivo da decisão proferida, pois que esse (dispositivo) é norma individual e concreta. Sobre o assunto consulte Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. (*Curso de direito processual ...*, op. cit. p. 388).

<sup>344</sup> *Ibidem*.

horizontal o *precedente* que tenha sido firmado em órgão jurisdicional que ocupe o mesmo nível hierárquico do Tribunal no qual que se pretende fazê-lo valer<sup>345</sup>.

Com as mais respeitosas vênias, impõe-se sejam feitas algumas considerações relativas ao modo como o citado autor define o que seja, respectivamente, *precedente* vertical e *precedente* horizontal<sup>346</sup>.

No que toca ao *precedente* horizontal, sublinha-se que, ao contrário do afirmado por José Rogério Cruz e Tucci, ressalvada a hipótese de reiteração pelo próprio órgão que o firmou<sup>347</sup>, o *precedente* haverá que ser sempre vertical, uma vez que *precedente* mesmo é tão somente a decisão judicial que já tenha sido definitivamente uniformizada e da qual se tenha extraído um núcleo decisório único. Se assim é, não há como compreender-se como *precedente* uma decisão judicial que possa ainda vir a ser debatida<sup>348</sup>, e, eventualmente, modificada pelo plenário ou por órgãos especiais do próprio Tribunal<sup>349</sup>. Nesse rumo, não se pode ter como *precedentes* as decisões proferidas por órgãos fracionários dos tribunais. Assim também as decisões prolatadas pelos plenos ou órgãos especiais dos tribunais estaduais, quando

<sup>345</sup> *Precedente judicial* ..., op., cit. p. 17.

<sup>346</sup> Eduardo Appio assevera que no âmbito do *stare decisis* a eficácia horizontal significa vinculação posterior de todos os juízos de mesma hierarquia ou de uma mesma Corte e que eficácia vertical é a vinculação dos juízos inferiores ao julgado eleito como *precedente*. Lembra ainda que decisões inferiores não vinculam órgãos superiores. (*precedente judicial* ..., op., cit. p. 60).

<sup>347</sup> Só assim se pode admitir a existência de *precedente* horizontal.

<sup>348</sup> No Superior Tribunal de Justiça, as respectivas Seções e a Corte Especial detêm competências específicas para uniformizarem decisões divergentes das Turmas ou Seções, ou destas com aquelas, à luz do que preceitua o art. 546 do Código de Processo Civil c/c os arts. 266/267 do Regimento Interno do citado Tribunal, imperativos tais que regulam os Embargos de Divergência: Art. 266. Das decisões da Turma, em recurso especial, poderão, em quinze dias, ser interpostos embargos de divergência, que serão julgados pela Seção competente, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, competirá a esta o julgamento dos embargos. [...]. (STJ-RI). Encontrável no seguinte endereço eletrônico (<http://www.stj.jus.br>). Acesso em 24.11.2010).

<sup>349</sup> No Supremo Tribunal Federal, a competência para uniformizar decisões divergentes das Turmas ou destas com o Plenário é do Plenário, à luz do que preceitua os arts. 546 do Código de Processo Civil c/c os arts. 330/332 do Regimento Interno da Corte, imperativos tais que regulam os Embargos de Divergência: Art. 6º. Também compete ao Plenário: [...] IV – julgar, em grau de embargos, os processos decididos pelo Plenário ou pelas Turmas, nos casos previstos neste Regimento; [...]. Art. 330. Cabem embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal. [...]. (STF-RI, encontrável no seguinte endereço eletrônico (<http://www.stf.jus.br>). Acesso em 24.11.2010).

essas forem aplicadas fora de suas respectivas bases de competência, porquanto ditas decisões, sendo eventualmente acolhidas por outro(s) Tribunal(ais) estadual(ais) ou federal(ais), poderão, naqueles processos específicos, ser levadas ao conhecimento de Tribunais Superiores e eventualmente reformadas. O mesmo se diga quanto ao aproveitamento de decisões proferidas pelos tribunais regionais federais e pelos tribunais regionais do trabalho.

Feitas as advertências, segue-se que a classificação de *precedente* em horizontal somente poderá ser admitida na hipótese de a decisão, já uniformizada, ser reiterada pelo próprio Tribunal que a firmou. Afora isso, não há como reconhecer-se que um precedente possa ter eficácia horizontal.

Tomados esses fundamentos em consideração, ressurge a permissão para reafirmar-se que decisão judicial que comporte alteração pelo próprio Tribunal ou ainda por Tribunal Superior não se reveste da qualidade de *precedente*, havendo, pois, que ser classificada tão somente como jurisprudência<sup>350</sup>.

#### **3.2.4. Formação do *Precedente***

Em tópico anterior, foi consignado<sup>351</sup> que um *precedente* deve ser compreendido como o núcleo essencial de uma decisão judicial já uniformizada e que seja capaz de irradiar segurança e credibilidade aos jurisdicionados em ordem a poder ser utilizado para a composição de outros conflitos de interesses (*significante*), preservando-se os direitos fundamentais dos litigantes.

Também foi colacionado que o *significado* de um *precedente* não engloba tudo que compõem a decisão que o gerou, mas tão somente o núcleo decisório uniformizado (*ratio decidendi*), dispensando-se os

---

<sup>350</sup> Confira-se tópico anterior com o título *Jurisprudência versus Precedente*.

<sup>351</sup> Deve ser consultado o tópico 3.2.1.4, no qual se definiu *precedente*.

argumentos utilizados unicamente com o fito de reforçar a tese central, ou seja, os fundamentos fáticos ou mesmo de direito que não foram fundamentais para a composição do conflito de interesses (*obiter dictum*)<sup>352</sup>.

Restou ainda assentado que *precedente* não se confunde com jurisprudência, à razão de que aquele deve ser resultado da uniformização desta dentro de uma determinada Corte<sup>353</sup>, destacando-se que uma Corte, estadual ou federal, pode formar um *precedente*, mas que esse núcleo decisório uniformizado só pode ser visto como tal (*precedente*) na base de competência da Corte que o firmou<sup>354</sup>, sobretudo porque sujeito a recursos para os Tribunais Superiores, quais poderão confirmá-lo ou reformá-lo.

Feitas essas considerações, convém somente agora concluir, fazendo-o, de um lado, com a assertiva de que a formação de um *precedente* pressupõe a eleição de um núcleo decisório único, obtido com a uniformização da jurisprudência no Tribunal que o elegeu (*precedente*); e, de outro, com a observação de que não se pode reconhecer como *precedente* a decisão judicial que ainda comporte recursos ou uniformização de jurisprudência na própria Corte.

Forma-se, portanto, um *precedente*, mediante a uniformização das diferentes posições jurisprudenciais existentes sobre um determinado tema no âmbito de competência de um dado Tribunal<sup>355</sup>.

### 3.2.5. Aplicação do *Precedente*

Num primeiro lançar de olhos, parece que não há dificuldades para aplicar-se um *precedente*. A noção inicial que se tem é a de tratar-se de simples operação de encaixe. Contudo, não é disso que se trata<sup>356</sup>.

---

<sup>352</sup> Tais observações podem ser encontradas no item 3.2.1.3.

<sup>353</sup> Assim o tópico 3.2.2 que difere *precedente* de jurisprudência.

<sup>354</sup> Essa demonstração foi feita nos tópicos 3.2.3.4 e 3.2.3.5, quando se versou sobre *precedentes* persuasivos e verticais.

<sup>355</sup> Para maiores esclarecimentos sobre o assunto, sugere-se a leitura de José Rogério Cruz e Tucci, em especial o capítulo VIII (*Precedente judicial como ...*, op. cit., p.p. 247-287).

<sup>356</sup> Confira-se Jorge Amaury Maia Nunes (*Segurança jurídica e...*, op. cit., p.p.119 a 128).

Lembrando exemplo ofertado pelo Professor Inocêncio Mártires Coelho, ao discorrer sobre a efetividade da Constituição, em suas inesquecíveis e insuperáveis aulas de Interpretação Constitucional<sup>357</sup>, impende aludir que a aplicação da norma jurídica não pode ser comparada à operação realizada por um Bombeiro Hidráulico quando instala uma torneira, visto que, nesta hipótese, o encaixe será sempre perfeito.

O exemplo trazido à colação veio a calhar, pois, como já salientado alhures, a operação que leva à aplicação de um *precedente*, tomando-se como exemplo o modelo estadunidense, não é de simples encaixe, visto que exige do intérprete e operador do Direito a superação de etapas, tais quais a identificação do grau de determinação material, a precisão de sentido<sup>358</sup> do *precedente* que se pretende aplicar e a adequação da situação concreta examinada à *ratio decidend*<sup>359</sup> nele (*precedente*) veiculada.

Pois bem, transportando para o sistema brasileiro as experiências hauridas do modelo norte-americano<sup>360</sup>, ao deparar-se com um caso concreto e pretendendo compô-lo mediante aplicação de um *precedente*, o operador do Direito tem primeiramente que estar certo de que o *precedente* eleito como paradigma veicula comando decisório uniformizado (*significado*), em princípio, bastante a resolver o conflito de interesses que lhe foi posto (precisão de sentido). Em um segundo momento, cabe-lhe cotejar os casos, de

---

<sup>357</sup> Aulas tais proferidas no Curso de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP - no ano de 2009. Sobre o Instituto, Confira-se o seguinte endereço eletrônico: <<http://www.idp.edu.br>>. Acesso em 24.11.2010. Sobre o Professor Inocêncio Mártires Coelho, confira-se Obras de sua autoria citadas nesta bibliografia, a partir das quais poderão ser acessadas outras produções.

<sup>358</sup> Perscrutando sobre a aplicação da Constituição, Inocêncio Mártires Coelho deixa a seguinte lição: “Com efeito, enquanto a lei ostenta um grau relativamente alto de determinação material e de precisão de sentido, podendo, por isso, ser diretamente aplicável, a Constituição – pela sua natureza, estrutura e finalidade – apresenta-se como um sistema aberto de regras e princípios que necessitam da mediação de legisladores e juízes para lograr efetividade”. (*Interpretação...*, op. cit., p. 08.)

<sup>359</sup> Fredie Didier JR.; Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira registram que assim “como o juiz precisar interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o *precedente* para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi* (*Curso de direito processual civil ... op. cit.*, p. 394).

<sup>360</sup> Eduardo Appio recorda que o modelo estadunidense “baseia-se na observância das decisões proferidas pelas cortes superiores. Não existindo corte superior em relação à Suprema Corte dos Estados Unidos, este órgão assume responsabilidade política de ser o intérprete final do conteúdo da Constituição” (*Controle difuso de ...*, op. cit., p.58).

modo a identificar se esses possuem as mesmas características fáticas e iguais elementos objetivos (determinação material)<sup>361</sup>. Superadas essas duas fases, certificado que a *ratio decidendi* do caso pretérito se amolda ao caso presente, será possível então a aplicação do *precedente*.

Note-se que na parte final do parágrafo anterior utilizou-se a expressão *possível* em lugar de *certo*, isso porque após a superação das três fases anteriores pode o operador do Direito identificar fatos específicos que diferencie um caso do outro, impedindo a imediata aplicação do *precedente* anteriormente eleito. Está-se aqui a falar em *distinguishing*, termo utilizado no modelo americano justamente para obstar a aplicação de um *precedente* quando houver similitude de situações, mas forem essas (situações) temperadas por especificidades capazes de implicar ofensa a direitos fundamentais dos litigantes, tal qual o exercício do direito de defesa ou mesmo o constrangimento ilegal.

Presente essa situação (*distinguishing*), cabe ao aplicador da norma optar entre interpretar o *precedente* restritiva ou ampliativamente. Se escolher a interpretação restritiva, deve negar aplicação ao *precedente* (*restrictive distinguishing*) e decidir a demanda criando para a hipótese uma norma individual e concreta<sup>362</sup>. Se acolher a interpretação ampliativa (*ampliative distinguishing*) e aplicar o *precedente*, mesmo diante das especificidades do caso concreto, vale dizer, da distinção existente entre este e o paradigma<sup>363</sup>, deve fazê-lo tendo presente que a adoção desse caminho não pode levar à violação de direitos fundamentais das partes<sup>364</sup>.

---

<sup>361</sup> <sup>361</sup> Fredie Didier JR.; Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Curso de direito processual civil* ... op. cit., p. 392).

<sup>362</sup> Tenha-se presente que no modelo americano, verificado o *distinguishing*, a Corte Maior pode obstar a aplicação do *precedente* ou “deferir o pedido da parte, sobre o fundamento de que, tratando-se de um caso totalmente novo, cabe à Suprema Corte enunciar este novo direito a partir da interpretação de cláusulas genéricas da Constituição, como fez, por exemplo no caso *Roe v. Wade* (1973)”. (*Controle difuso de ...*, op.cit., p.64)

<sup>363</sup> Nunca se deve esquecer que no sistema brasileiro, ligado ao modelo romano-germânico (*civil law*), o *precedente* procede da aplicação da norma infraconstitucional ou constitucional, diferentemente do modelo norte-americano, ligado sistema inglês (*common law*), no qual a criação do *precedente* deriva da aplicação de princípios extraídos inclusive da Constituição. (*Controle difuso de ...*, op.cit., p.58).

<sup>364</sup> Escrevendo sobre o *precedente* do sistema americano e lembrando o *distinguishing*, Eduardo Appio salienta que a “vinculação ao precedente impõe à Suprema Corte o dever de



Questão interessante relativa ao *distinguishing* veio à baila no Supremo Tribunal Federal na oportunidade em que foi debatida a possibilidade de concessão de *habeas corpus* cuja interposição ocorrerá em face de constrangimento ilegal perpetrado por Ministro do Superior Tribunal de Justiça que indeferira liminar em pedido de igual ordem que lhe fora dirigido. A discussão foi suscitada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, mediante Questão Ordem, ainda na Turma, oportunidade na qual ressaltou que o tema deveria ser levado ao plenário para que se decidisse sobre a ainda propriedade da súmula 691 do Supremo Tribunal Federal<sup>365</sup>, à conta de que a sua mitigação pela locução “flagrante ilegalidade” poderia ser vista como sua revogação. Disse o Ministro Sepúlveda Pertence: “restringir o alcance de uma súmula vale por cancelá-la”. Mais adiante, lembrando Victor Nunes Leal, assentou o Ministro que “quando se discute se determinada súmula merece interpretação ampliativa ou restritiva ela já não cumpre o seu papel, que é o de encerrar discussões que o Tribunal tem por ociosas à vista dos *precedentes* e na extensão deles extraída”. Quando o debate aportou no plenário da Corte, o Ministro Cezar Peluzo propôs a revogação da súmula. Após caloroso debate na assentada, o Ministro Gilmar Mendes propôs substituir-se a revogação (*overruling*) da súmula, posição mais radical, pela adoção de uma fórmula intermediária, aplicando-se o instituto do *distinguishing* previsto no modelo estadunidense. A questão de ordem foi resolvida com a manutenção da precitada súmula, vencida a proposta de *distinguishing* trazida pelo Ministro Gilmar Mendes. No caso, o *Habeas Corpus* foi deferido de ofício<sup>366</sup>.

---

revogá-lo, expressamente, sempre que venha a alterar a sua posição sobre o assunto, ao invés de optar pela manutenção do precedente, sob o argumento de que não é aplicável ao caso (técnica do *distinguishing* (Controle difuso de ..., op.cit., p. 25). Ainda sobre esse tema, vale consultar José Rogério Cruz e Tucci (*Precedente judicial como ...op.*, cit., p. 171); Fredie Didier JR.; Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Curso de direito processual civil ... op. cit.*, p.p. 392-395) e Jorge Amaury Maia Nunes (*Segurança jurídica e...*, op. cit., p.p. 126-128).

<sup>365</sup> NÃO COMPETE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONHECER DE "HABEAS CORPUS" IMPETRADO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE, EM "HABEAS CORPUS" REQUERIDO A TRIBUNAL SUPERIOR, INDEFERE A LIMINAR. (STF-Súmula 691, Encontrável no seguinte endereço eletrônico : (<http://www.STF.JUS.br>). Acesso em 25.11.2010).

<sup>366</sup> Sobre eventual ofensa a direitos fundamentais e aplicação da técnica do *distinguishing*, vale conferir o debate travado no julgamento *Habeas Corpus* 85185/SP, cuja ementa é a seguinte: EMENTA: 1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Habeas corpus. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em habeas corpus. Rejeição de proposta de cancelamento da súmula 691 do Supremo. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de habeas corpus contra decisão do

O que importa reter para a perfeita compreensão das técnicas de aplicação de *precedentes*, tomando-se como exemplo o sistema norte-americano, é que esse modelo não significa um simples encaixe de peças, antes um processo interpretativo de normas e, tal como lembrado por Jorge Amaury Maia Nunes<sup>367</sup>, aplicar “um *precedente* não é uma tarefa automática, a ser exercida mecanicamente”[...] posto que a “existência do *precedente* significa, mal comparando, a existência de uma lei - ou de um princípio dotado de alta densidade normativa”.

Certo mesmo é que, das afirmações até aqui lançadas, decorre a inevitável advertência de que, para a efetiva edificação de um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil, fundado, dentre outras, na adoção da técnica de prevalência dos *precedentes*, não se poderá prescindir da aplicação dos vários institutos já experimentados pelo sistema estadunidense, dentre os quais se destaca o *distinguishing*, sobretudo porque, instrumentos como esses, facilitam o avanço da prestação jurisdicional e aceleram a proteção dos direitos fundamentais, sem que para isso seja necessária a revogação de *precedentes* já sedimentados.

### 3.2.6. Revogação do *Precedente*

Assim como pode ser novamente interpretado para ajustar-se ao momento social em que está sendo utilizado, o *precedente* pode de igual

---

relator que, em habeas corpus requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar. 2. AÇÃO PENAL. Tributo. Crime contra a ordem tributária, ou crime tributário. Procedimento administrativo não encerrado. Pendência de recurso administrativo. Lançamento não definitivo. Delito ainda não tipificado. Jurisprudência assentada do Supremo. Constrangimento ilegal caracterizado. Extinção do processo. HC concedido de ofício para esse fim. Pedido prejudicado. Crime contra a ordem tributária não se tipifica antes do lançamento definitivo de tributo devido. (STF-HC 85185/SP, Relator Ministro Cezar Peluzo, julgado em 10.08.2005 e publicado no Diário de Justiça do dia 01.09.2006). Também sobre o assunto, as seguintes reclamações: (STF-Rcl 4138 MC/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 24.04.2006 e publicado no Diário de Justiça do dia 28.04.2006 e STF-Rcl 4005 MC/RS, Ministro Gilmar Mendes, julgado em 15.12.2005 e publicado no Diário de Justiça do dia 03.02.2006).

<sup>367</sup> *Segurança jurídica e...*, op. cit., p.125.

modo ser revogado, acontecendo tal hipótese sempre que o conteúdo por ele veiculado torna-se inapropriado e insuscetível de novas interpretações<sup>368</sup>.

Tendo-se sempre presente o sistema do *common law* e, sobretudo, o modelo do *stare decisis* norte-americano, verifica-se que o *precedente* pode deixar de ser observado com a aplicação da técnica do *overruling*<sup>369</sup>, mediante a qual a Corte substitui o conteúdo decisório uniformizado de um *precedente* por outro enunciado, mais harmonizado com os ideais de justiça do momento em que foi editado<sup>370</sup>.

Importante que fique desde já esclarecido que a revogação de um *precedente* não é operação simples e que possa dar-se ao sabor daquele que não mais vê no conteúdo decisório orientador convergência com a realidade social<sup>371</sup>. Ao contrário, o procedimento de revogação de um *precedente* pressupõe profunda fundamentação e deve ser operado mediante um debate metucioso do tema. Isso porque a mudança constante de

---

<sup>368</sup> Sobre o tema Eduardo Appio consigna que o *overruling* “permite a evolução da jurisprudência {...} mas que o mesmo não pode ser invocado por uma Corte ou juízos inferiores com a finalidade de revogar uma decisão de uma Corte Superior e que os *precedentes* da Suprema Corte dos Estados Unidos - porque órgão máximo do Judiciário norte-americano - somente podem ser revogados pela própria Suprema Corte (ou pelo Congresso)”. (*Controle difuso de ...*, op.cit., p. 60).

<sup>369</sup> Quando proferiu Voto de Vista na Ação Direta de Inconstitucionalidade que versou sobre a criação de Municípios em situação excepcional consolidada, o Ministro Gilmar Mendes, tocando o tema da evolução da doutrina *America* no respeitante ao *precedente*, deixou a seguinte lição: “Segundo a doutrina, a jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem. Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente pro futuro”.(STF-ADI-2244/BA, Relator Ministro Eros Grau, julgada em 09.05.2007 e publicado no Diário de Justiça do dia 02.08.2007. Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 25.11.2010.

<sup>370</sup> Assim Jorge Amaury Maia Nunes anota que, “a corte de justiça, tanto nos Estados Unido quanto na Inglaterra, está autorizada a não aplicar o precedente, seja porque realmente não se ajusta ao caso concreto (*distinguishing*), seja porque o precedente não mais satisfaz aos ideais de justiça da época e merece ser revogado (*overruling*) (*Segurança jurídica e...*, op. cit., p.126).

<sup>371</sup> Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca assinalam que a orientação firmada em um precedente deve ser respeitada em decisões futuras, não cabendo o seu abandono sem a devida fundamentação (*Tratado da argumentação. A nova...*op. cit., p. 120).

entendimento da Corte Maior compromete a sua credibilidade, interferindo negativamente na legitimidade de suas decisões<sup>372</sup>.

A experiência estadunidense sobre o *precedente* vem demonstrando que o que efetivamente determina a sua revogação é a sua inadequação ao momento social, querendo isso significar que eventuais mudanças na composição da Suprema Corte não são, nem de longe, indicativos de que alguns *precedentes* poderão ser alterados. Isso porque é tradição naquela Corte que os novos Membros se sintam também vinculados aos *precedentes* anteriores<sup>373</sup>. Ao pronunciar-se sobre a importância do *precedente* no modelo norte-americano do *stare decisis*, Eduardo Appio faz questão de cunhar que a “força de um *precedente* deriva da distinção entre direito e política, já que os julgamentos não são resultado de uma vontade pessoal do interprete constitucional, mas, antes a racionalização do poder através dos princípios vinculantes”<sup>374</sup>.

Traga-se à baila o fato de que, ao propor a revogação de um *precedente*, o proponente tem de fundamentar profundamente o seu

---

<sup>372</sup> Mark Tushnet, escrevendo sobre o ceticismo que reveste o *judicial review* sublinha que os “primeiros lampejos de um sistema sério de *judicial review* baseados em normas de direitos humanos não relacionados à propriedade poderiam ser vistos nas primeiras décadas do séc. XX [...] Focalizando leis de liberdade de expressão, o panorama é basicamente este: inicialmente, a Suprema Corte interpretou a Primeira Emenda de forma a proteger dissidentes políticos que não fossem vistos como sérias ameaças à ordem estabelecida. [...] À medida que retrocedia a ameaça percebida do comunismo interno, a Corte tornava-se mais generosa na proteção dos direitos dos comunistas. [...] A doutrina da liberdade de expressão fornece agora grande proteção contra esforços de aprimoramento de dissidentes políticos, e , provavelmente, isso tem contribuído para a formação de uma cultura na qual argumentos contra a supressão da liberdade de expressão têm bastante peso”. (*Ceticismo sobre o judicial review: uma perspectiva dos Estados Unidos, Limites do controle de constitucionalidade*, p. 226).

<sup>373</sup> “O Ministro Cezar Peluso, ao proferir Voto no Agravo Regimental na Reclamação que discutiu a extensão dos efeitos vinculante da decisão decisiva de mérito nas ações declaratória de constitucionalidade, valendo-se das lições de Rui Medeiros (*A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 199, p. 827), assentou que a “conseqüência é particularmente grave: as constituições, enquanto planos normativos voltados para o futuro, não podem de maneira nenhuma perder a sua flexibilidade e abertura. Naturalmente e na medida do possível, convém salvaguardar a continuidade dos *standards* jurisprudenciais: alterações de rota, decisões *overruling* demasiado repentinas e brutais contrastam com a própria noção de jurisdição. A percepção da continuidade como um valor não deve, porém, significar uma visão petrificada da jurisprudência ou uma indisponibilidade dos tribunais para atender às solicitações provenientes do ambiente”. (STF –Rcl 2617/MG, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 23.02.2005 e publicado no Diário de Justiça do dia 205.2007 – encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 25.11.2010).

<sup>374</sup> *Controle difuso de ...*, op.cit., p. 68.

pleito<sup>375</sup>, indicando, em algumas vezes, o equívoco presente no conteúdo decisório que pretende superar, e, em outras, as razões que levam ao impedimento de reinterpreta-lo (*distinguishing*) para aplicação a um novo caso<sup>376</sup>.

Não se deve ignorar, de outra parte, que a revogação de um *precedente* implica conseqüências inevitáveis quanto aos conflitos de interesses pretéritos compostos a partir do conteúdo orientador revogado. Isso porque a revogação, não sendo modulada, atingirá os casos passados, podendo levar a conseqüências não muito agradáveis<sup>377</sup>. Assim é que a Suprema Corte dos Estados Unidos tem adotado soluções distintas para cada uma das hipóteses previstas de declaração de inconstitucionalidade. Eduardo Appio relembra que as decisões proferidas pela Corte Maior estadunidense em controle difuso podem resultar da *Common Law*, da análise de leis (*statutes*) ou da análise da própria Constituição. E diz mais: somente nos casos pertinentes às leis é que se verifica a retroatividade da decisão, à razão de que nas decisões relacionados com o *common law* e com a Constituição norte-americana a Corte entende que a interpretação importa reconhecimento de Direito novo, insuscetível, portanto, à retroatividade<sup>378</sup>.

Rememore-se que o chamado *overruling*, entendido esse como mudança de *precedente*, de entendimento já assentado na Corte, já teve lugar no Supremo Tribunal Federal. Exemplo capaz de retratar essa circunstância, colhe-se do acórdão proferido no julgamento do *Habeas Corpus*

---

<sup>375</sup> Marina Gascón Ablellán anota que a mudança de um *precedente* pressupõe fundamentação clara e bastante a informar a revogação do entendimento firmado no passado (*La técnica del precedente y La argumentación racional*, p. 40.)

<sup>376</sup> No sistema brasileiro, o procedimento para revogar-se uma súmula segue esse mesmo rigor, tomando-se como exemplo o debate travado em torno da possível revogação da súmula 691 do Supremo Tribunal Federal proposta pelo Ministro Cezar Peluzo no julgamento do *Habeas Corpus* e que acabou derrotada. (STF-HC 85185/SP, Relator Ministro Cezar Peluzo, julgado em 10.08.2005 e publicado no Diário de Justiça do dia 01.09.2006). Mais adiante, com mais vagar, será visto que a Constituição Federal previu a possibilidade de revisão ou de revogação de súmulas vinculantes, tal com escrito no art. § 2º do art. 102-A.

<sup>377</sup> Outro exemplo a ser citado no Supremo Tribunal Federal diz com o julgamento que redefiniu a progressão de regime no sistema penal brasileiro, cujos efeitos tiveram que ser modulados para que se não alcançasse hipóteses pretéritas.

<sup>378</sup> Eduardo Appio, além de informar sobre os tipos de pronúncias da Suprema Corte, observa que a “abrupta e irregular revogação dos precedentes é compreendida pelos juristas norte-americanos como um indício de irracionalidade e não de progresso na Corte.” <sup>378</sup> (*Controle difuso de ...*, op.cit., p.p. 67-70).

82959/SP<sup>379</sup>, oportunidade na qual a Corte Maior passou a considerar inconstitucional o § 1º do art. 2º da lei 8.072/90, com o que permitiu a progressão de regime para os crimes classificados como hediondos, antes vedada pelo imperativo legal tido por incompatível com a Constituição Federal. Neste caso paradigmático, sem margens a tergiversações, o Supremo Tribunal Federal abandonou *precedente* anteriormente firmado<sup>380</sup>, fazendo-o, contudo, arrimado em profundo debate sobre o tema e, mais que isso, limitando os efeitos da decisão proferida para que fossem evitados eventuais pedidos de indenizações por aqueles que tiveram a progressão de regime obstada justamente com amparo no comando legal cuja eficácia fora suprimida posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal<sup>381</sup>.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal já está adotando as cautelas necessárias para proceder à revogação ou à nova interpretação de um *precedente* e o está fazendo com amparo nas lições hauridas no sistema norte-americano do *stare decisis*, o qual adota todas as precauções de estilo para praticar o *overruling* ou o *distinguishing*, sendo certo que em algumas dessas situações os efeitos da decisão são modulados para se evitar eventuais

---

<sup>379</sup> Ementa: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF-HC82959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 23.02.2006 e publicado no Diário de Justiça do dia 01.09.2006 – encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 25.11.2010).

<sup>380</sup> Ementa: EMENTA: - CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. CRIME HEDIONDO. REGIME FECHADO. LEI 8.072/90, ART. 2º, § 1º. CONSTITUCIONALIDADE. I. - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. C.F., art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC 69.657/SP, Rezek, RTJ 147/598; HC 69.603/SP, Brossard, RTJ 146/611; HC 69.377/MG, Velloso, "DJ" de 16.4.93; HC 76.991/MG, Velloso, "DJ" de 14.8.98; HC 81.421/SP, Néri, "DJ" de 15.3.02; HC 84.422/RS, Joaquim Barbosa, Relator para acórdão, julgado em 14.12.2004. II. - Agravo não provido. (STF-RE 405814 AgR/MG, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 02.08.2005 e publicado no Diário de Justiça do dia 28.08.2005 – encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 25.11.2010).

<sup>381</sup> Mais adiante, com maior vagar, o julgado voltará a ser debatido.

reexames das decisões pronunciadas com suporte no *precedente* revogado e, sobretudo, para garantir a credibilidade e a legitimidade da Corte Maior<sup>382</sup>.

Para comprovar essa tendência (*overruling* e *distinguishing*), cada dia mais forte no Supremo Tribunal Federal, vale lembrar que o art. 27<sup>383</sup> da Lei federal nº 9.868/99<sup>384</sup> prevê a possibilidade de modulação dos efeitos da sentença e que o parágrafo único do art. 28<sup>385</sup> dessa mesma Lei oferta ao julgador métodos decisórios distintos da pura e simples declaração de inconstitucionalidade, técnicas essas (métodos decisórios) que estão sendo também aplicadas ao controle difuso de constitucionalidade, consoante se pode apurar pelos votos proferidos pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do *Habeas Corpus* 85185/SP - no qual, além da referência explícita ao *overruling*, foi proposta, mas não aceita, a aplicação do *distinguishing* - e no recurso extraordinários nº 197917/SP<sup>386</sup> - no qual os efeitos da decisão foram modulados.

---

<sup>382</sup> Eduardo Appio dá como exemplo o julgamento do caso *Linkletter*, oportunidade na qual a Suprema Corte Americana foi conclamada a decidir sobre a aplicação do princípio firmado em *Mapp v. Ohio* aos casos já definitivamente julgados no âmbito estadual, concluindo que as partes teriam o processo julgado de acordo com o Direito vigente na data da sua conduta, negando, pois, a retroatividade (*Controle difuso de ...*, op.cit., p.p. 73/74).

<sup>383</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado

<sup>384</sup> A íntegra da referida lei pode ser encontrada em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10.01.2010).

<sup>385</sup> Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal

<sup>386</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. [...] INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. [...] 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (STF-RE 197.917,

Ainda sobre essa temática, deve-se trazer à colação os despachos proferidos pelo Ministro Gilmar Medes na Pet 2859/MC/SP e na AC 189 MC/SP, nos quais o referido Ministro faz alusões diretas aos métodos decisórios estadunidenses<sup>387</sup>, dentre os quais o *overruling*, assentando a necessidade da aplicação dessa técnica para a propriedade de uma viragem jurisprudencial.

Como se pode extrair de tudo o que foi até aqui exposto, o Supremo Tribunal Federal está evoluindo quanto aos métodos decisórios até então aplicados nos julgamentos efetuados naquela Corte Maior, especialmente quanto à aplicação, em controle difuso de constitucionalidade, de técnicas antes privativas do controle concentrado<sup>388</sup>.

### 3.3. Conclusões

O feixe de luz que se deve extrair das observações lançadas neste Capítulo é precisamente o de que os *precedentes* devem ser vistos como núcleos essenciais de decisões judiciais reiteradas, uniformizadas e capazes de comporem outros conflitos de interesses, irradiando segurança e

---

Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 06.06.2002. e publicado no Diário de Justiça do dia 07.05..2004). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 10.02.2011.

<sup>387</sup> Seguem partes dos aludidos Votos: A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (limited retrospectivity), a superação prospectiva (prospective **overruling**), que tanto pode ser limitada (limited prospectivity), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (pure prospectivity), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem [...]. Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente pro futuro [...]. De resto, assinale-se que, antes do advento da Lei nº 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Não só a Suprema Corte americana (caso Linkletter v. Walker), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica da limitação de efeitos (Cf. v.g. Corte Constitucional austríaca (Constituição, art. 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade [...]), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (art.174, 2 do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos [...]). (STF-Pet 2859-MC/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 06.04.2004. e publicado no Diário de Justiça do dia 16.04..2004). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 10.02.2011.

<sup>388</sup> Vale conferir, nesse sentido, o valiosíssimo debate presente nos votos até então proferidos no julgamento da reclamação nº 4335/AC. Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>.



credibilidade aos jurisdicionados. Ficou ainda a lição de que os *precedentes* podem se manifestar de diferentes formas: às vezes como simples declarações; noutras, como instrumentos obstativos de recursos; em algumas oportunidades, com cunhos persuasivos; noutras, com força vinculante.

Soou ainda como aviso a observação de que o signo *precedente* não pode ser confundido com o termo *jurisprudência*, sendo certo afirmar que aquele tem muito mais força e representatividade que esta, sendo ainda mais correto asseverar, com as letras de Eduardo Appio, que um “*precedente* terá tanto mais força quanto mais a interpretação através dele executada se mostre plausível, esteja absorvida pela cultura jurídica local e não represente surpresa para os litigantes, bem como próxima do texto constitucional e, finalmente, que alcance maior número de votos passível”<sup>389</sup>.

Certo mesmo é que, de tudo o que foi lançado neste Capítulo, surge a insuperável ilação segundo a qual a credibilidade e a legitimidade do Supremo Tribunal Federal passam necessariamente pela correção, pela fundamentação e, sobretudo, pela prevalência das suas decisões como *precedentes*.

Fica, portanto, a advertência de que, no processo de formação de um *precedente*, deve-se emprestar especial atenção ao *significado* que se lhe vai conferir, pois é precisamente deste conteúdo decisório uniformizado que haverá de emergir o seu *significante*, a sua expressão e a sua força vinculativa enquanto apanágio maior das honras que devem sempre ser prestadas às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>389</sup> *Controle de ...op. cit.*, p. 64.

## Capítulo 4.

### Prevalência dos *Precedentes* no Brasil

#### 4.1. Considerações Preliminares

O presente Capítulo tem por objeto demonstrar que o novo cenário do controle difuso de normas no Brasil foi edificado<sup>390</sup> a partir de mudanças efetivadas na área do Processo Civil, com especial destaque para aquelas imprimidas ao Código de Processo Civil<sup>391</sup>, e que tais mudanças tiveram sempre por mote a valorização e a prevalência dos *precedentes* firmados pelos tribunais em tema de controle de normas, sobretudo aqueles uniformizados pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale deixar, desde logo, às escâncaras, que o Capítulo que ora se inicia não visa debater uma possível objetivação do controle difuso de normas no Brasil, porquanto esse tema já foi exaustivamente tratado pelos doutrinadores pátrio<sup>392</sup>, os quais, vale frisar, sempre o enfrentaram por uma ótica puramente semântica, não sintática, e por isso divorciada da prática e da objetividade<sup>393</sup>. Longe disso, a discussão que aqui se propõe passa pelo estudo e pela indicação precisa e direita das regras e dos princípios que deram corpo a esse novo cenário do controle difuso de normas no Brasil.

Partindo dessa delimitação teórico-investigativa, a pesquisa, ao depois de tecer comentários sobre os assentos e os prejudgados

---

<sup>390</sup> Lembre-se que esse é o *problema* colocado à solução na presente pesquisa científica.

<sup>391</sup> Nunca se pode esquecer que normas especiais também contribuíram para a formação desse novo cenário, sendo exemplos o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e a Lei dos Juizados Especiais Federais, as quais serão abordadas mais à frente em tópico específico.

<sup>392</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível na Internet no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 09.11.2020.

<sup>393</sup> Vale registrar que a pronúncia de inconstitucionalidade difusa tem sempre caráter objetivo, porquanto subjetiva é tão somente a norma individual e concreta (sentença) que deriva da investigação de normas.

no Direito brasileiro, abordará<sup>394</sup>, sempre sob a ótica dos *precedentes*, tais como estudados no Capítulo anterior, os seguintes institutos: (1) Súmula impeditiva de recursos, (3) agravo de instrumento (1) incidente de argüição de inconstitucionalidade e *amicus curiae* (4) recurso extraordinário nos juizados especiais federais (5) embargos à execução (6) remessa de ofício; (7) recurso de apelação; (8) súmula vinculante e, finalmente, (9) repercussão geral.

#### 4.2. Os Assentos e os Prejulgados no Direito Brasileiro

Importante que não se deixe passar em branco que o Brasil, ainda ao tempo do Império, conheceu e aplicou os assentos<sup>395</sup> portugueses e os assentos da Casa de Suplicação, instrumentos esses que são considerados por alguns doutrinadores pátrios como sendo a primeira manifestação de vinculação de decisões judiciais no Brasil<sup>396</sup>. Antes da criação do Supremo Tribunal Federal, coube inicialmente à Casa de Suplicação e depois ao Supremo Tribunal de Justiça, “tomar assentos para a inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorressem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, relações e juízos de primeira instância nas causas que coubessem na sua alçada”.

Esses assentos, ao depois de firmados, eram registrados em livro próprio e remetidos ao Governo Imperial e a cada uma das Câmaras Legislativas, com o que eram numerados e incorporados à coleção das leis de cada ano, tornando-se obrigatórios provisoriamente, ou seja: até que fossem derogados pelo Poder Legislativo. Os referidos assentos eram formados sempre que se alcançasse 2/3 (dois terços) dos votos dos Ministros do

---

<sup>394</sup> Esclareça-se que neste Capítulo, sempre que necessário, os dispositivos legais com os quais se trabalhará serão transcritos no corpo do texto, de forma a que sejam demonstradas, de maneira objetiva, as modificações por eles sofridas.

<sup>395</sup> Há que ser lembrado que os assentos foram estudados no Capítulo 3, item 3.2.1.1, desta Dissertação.

<sup>396</sup> Rememore-se que Jorge Amaury Maia Nunes assim entende (*Segurança jurídica e ...*, op. cit., p. 107). No mesmo sentido José Jorge Cruz e Tucci (*Precedente judicial como ...*, op. cit., p.p. 233-246).

Supremo Tribunal de Justiça, sendo vedada a sua revogação pelo próprio Tribunal<sup>397</sup>.

Conquanto se deva reconhecer a importância que os assentos desempenharam na construção do entendimento de preavalecimento dos *precedentes* no ordenamento jurídico pátrio, não há como equipará-los aos *precedentes* propriamente ditos, visto que esses não são levados ao Poder Legislativo, numerados e, tampouco, assumem força de lei. Nestes, o que se tem é uma verdadeira manifestação da força da uniformização de julgados anteriores como Fonte de Direito; naqueles, nada mais que atividade judicial transformada em legislativa, o que acaba por revelar violação ao princípio básico da separação das funções<sup>398</sup>.

De capital importância é, de igual modo, reavivar que o Decreto 16.271, de 20.12.1923, criou no Brasil o instituto processual do prejulgado, o qual tinha por missão justamente uniformizar a interpretação e a aplicação do Direito brasileiro. De início, os prejulgados poderiam ser expedidos pela Corte de Apelação do Distrito Federal. Com o correr dos tempos, contudo, passaram a ser adotados e aplicados pelas Justiças Estaduais, sendo exemplo a Justiça Paulista<sup>399</sup>.

Por intermédio da lei 319, de 25.12.1936, referida prática decisória foi estendida a todo o território nacional, alcançando, inclusive, as Justiças Trabalhista<sup>400</sup> e Eleitoral<sup>401402</sup>.

Muito embora relevante em tema de interpretação do Direito pátrio, o prejulgado não estava revestido com o manto do efeito vinculante, à simples razão de ter o § 1º do art. 103 do Decreto que o criara

---

<sup>397</sup> Assim os §§ 1º, 2º e 3º do Decreto 2.684, de 23.10.1875.

<sup>398</sup> Colacione-se, uma vez mais, que Rui Barbosa via os assentos como instrumentos autoritários de elaboração legislativa (*Fontes e evolução do ...*, op. cit., p. 94).

<sup>399</sup> Deixe-se assentado que, a esse tempo, o Direito Processual Civil não era unificado, cabendo a cada Estado-membro a elaboração de seu Código próprio.

<sup>400</sup> Art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho.

<sup>401</sup> Art. 263 do Código Eleitoral então vigente, Lei federal nº 4.737, de 15.07.1965.

<sup>402</sup> Os assentos e os prejulgados foram estudados no Capítulo 3, item 3.2.1.1, desta Dissertação.

(16.273/23) comandado que o mesmo era obrigatório para o caso concreto, mas tão somente norma aconselhável para os casos futuros. Não há aqui negar que o prejudgado trabalhista chegou a ser reconhecido como possuidor de força vinculante relativamente aos demais órgãos inferiores àquele que o instituíra, mas dita vinculação estava mesmo restrita ao âmbito da Justiça do Trabalho, o que lhe furtava a essência mesma de um *precedente*, tal como estudado no Capítulo 3 desta Dissertação. Na mesma situação encontravam-se os prejudgados firmados pela Justiça Eleitoral, ou seja: estavam limitados a um determinado ramo do Direito.

Como se vê, os assentos e os prejudgados tiveram seu lugar de importância na construção do Direito Processual brasileiro. Contudo, dentro da perspectiva de realização da presente pesquisa científica, não podem ser considerados como *precedentes*. Os primeiros (assentos), porque marcados pelo caráter nitidamente substitutivo do Poder Legislativo; os segundos (prejudgados), porque desprovidos de força vinculantes geral, quando admitida essa (força vinculante).

### **4.3. Modificações Legislativas que Ressaltam a Força dos *Precedentes* no Controle Difuso de Normas no Brasil**

#### **4.3.1. Súmulas Impeditivas de Recursos = *Precedentes* Obstativos de Recursos**

##### **4.3.1.1. Definição**

Ao óbice oposto pelo relator ou pelo juiz ao regular conhecimento de um recurso, a doutrina convencionou chamar de súmula impeditiva de recursos<sup>403</sup>. A redação atual do Código de Processo Civil reservou o §1º do art. 518 e a parte final do art. 557 para versarem esse tema.

---

<sup>403</sup> Nesse sentido manifesta-se José Rogério Cruz e Tucci (*Precedente judicial como ...*, op. cit. p. 260).

No que toca ao segundo dos dispositivos legais citados, urge destacar que a evolução legislativa por ele experimentada (art. 557 do CPC) levou à possibilidade de o relator designado também dar provimento ao mesmo recurso que outrora somente poderia ser negado. Observação que aqui deve ser feita é a de que tal faculdade, portanto, somente poderá ser exercida quando a decisão recorrida estiver em sintonia com súmula ou jurisprudência dominante<sup>404</sup> do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, jamais com súmula ou jurisprudência dominante do mesmo Tribunal, tal como previsto para a hipótese de negativa de seguimento do recurso.

Relativamente ao segundo comando normativo aludido (§ 3º do art. 518 do CPC), impõe-se referir que o não-recebimento da apelação por parte do juiz da causa está adstrito à hipótese de consonância da sentença com súmulas tão somente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça<sup>405</sup>.

Peculiaridade que deve ser sublinhada quando se debate súmulas impeditivas de recursos<sup>406</sup> diz com a previsão de recorribilidade dessas decisões que obstam antecipadamente o caminhar dos recursos abarcáveis pelas orientações normativas previstas nos art. 557 e 518 do Código de Processo Civil. Com efeitos, à sombra do que preceituam o *caput* do art. 524 e o § 1º do art. 557, ambos do Código de Processo Civil, as decisões obstativas de trânsito de recursos podem ser impugnadas por meio de agravos de instrumento.

Questão que merecer ser destacada quando se aborda súmulas impeditivas de recursos reside na peculiaridade de poderem os

---

<sup>404</sup> Conquanto o legislador do Código de Processo Civil faça uso da locução *jurisprudência dominante*, há que se deixar claro que essa locução deve ser entendida como aquela já uniformizada no Tribunal. Isso para que se mantenha hígida assertiva lançada nesta Dissertação (item 5.2) de que jurisprudência não é Fonte do Direito, mas sim o *precedente*, que é resultado dessa.

<sup>405</sup> Escrevendo sobre o tema, Luiz Fux assim se manifesta: “é que não há utilidade em remeter-se ao E. STJ ou E. STF um recurso cujo resultado já se sabe de antemão. Esse proceder conspira contra os objetivos de efetividade da jurisdição, bem como contra a cláusula da duração razoável dos processos”. (*Curso de direito processual civil*, p. 742).

<sup>406</sup> Na doutrina brasileira conhecesse os *precedentes* obstativos de recursos como súmulas impeditivas de recursos. Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci (*Precedente judicial como ...*, op. cit., p. 260);

relatores dos agravos de instrumento interpostos para destrancarem recursos especiais e extraordinários, monocraticamente, deles conhecerem (agravos) e dar provimento aos próprios recursos especiais ou extraordinários que lhe deram causa, isso quando os respectivos acórdãos recorridos estiverem em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante de cada um dos tribunais. Os relatores podem também converter os agravos em recursos especiais ou extraordinários, passando então a tratá-los (agravos) como se esses (REsp ou RE) fossem. A única ressalva a atingir esses procedimentos surge quando se verifica a interposição de recursos para ambas as Cortes, situação que leva necessariamente ao sobrestamento do exame do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal até que a decisão no recurso especial seja proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Feitas essas colocações, pode-se definir súmulas impeditivas de recursos como sendo os instrumentos legislativos que impedem o regular processamento recursal com amparo em súmula ou jurisprudência do próprio Tribunal ou de Tribunal Superior, seja por meio de seu prematuro trancamento, seja por via do seu antecipado provimento.

#### **4.3.1.2. Origem: Despacho Monocrático no Supremo Tribunal Federal, Regimento Interno de 1970**

Pesquisas realizadas no repositório de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>407</sup> revelam que até a entrada em vigor do Regimento Interno de 1970, os Ministros do Supremo Tribunal Federal não estavam autorizados por lei específica aprovada pelo Congresso Nacional<sup>408</sup> a rejeitar recursos extraordinários e respectivos agravos de instrumento por decisões monocráticas, ainda que os fundamentos constitucionais que os suportassem

---

<sup>407</sup> Encontrável no endereço eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 10.11.2010.

<sup>408</sup> Não havia uma norma legal que autorizasse explicitamente tal prática, impondo-se recordar que não se tinha mais no Brasil os assentos e que os prejudgados, embora previstos no art. 861 do Código de Processo Civil de 1939, não era utilizado pelo Supremo Tribunal Federal como tal. Eis a redação do art. 861 do CPC de 1939: Art 861 A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.09.2010.

(recursos) estivessem em rota de colisão com jurisprudência pacífica daquela Corte Maior<sup>409</sup>.

Registre-se que até o início da década de 60, todos os recursos extraordinários e agravos de instrumento eram levados ao conhecimento das Turmas ou do Plenário<sup>410</sup>, sendo que, nessas assentadas, decidia-se sobre a denegação ou não dos referidos recursos<sup>411</sup>. Demonstrativas dessa posição do Supremo Tribunal Federal, vigente nesta época, são as palavras lançadas no voto proferido pelo Ministro Barros Barreto, na oportunidade do julgamento, pela Primeira Turma, do Agravo de Instrumento 18945/DF, levado a efeito em 29.08.1956<sup>412</sup>:

Carecia de fundamentos, nos permissivos constitucionais invocados, o remédio à instância excepcional, e, conseqüentemente, não poderia vingar a sua interposição. Em sendo assim, nego provimento ao agravo. Ministro Barros Barreto.

Como se pode comprovar pela consulta aos julgados colacionados, ressalvada a hipótese dos assentos, até a primeira metade do século XX, o Supremo Tribunal Federal não se valia de seus *precedentes* para controlar a chegada de recursos extraordinários e agravos de instrumento

---

<sup>409</sup> Confira-se estudo das Constituições de 1934, 1946 e 1967 que foram feitos no Capítulo 2 desta Dissertação

<sup>410</sup> Ressalvada a hipótese de deserção dos recursos, tal como previsto no parágrafo único do art. 191 do Regimento Interno de 1940. Nessa linha, o acórdão que segue: Ementa: AGRAVO DE DESPACHO DO RELATOR, INTERPOSTO FORA DO PRAZO REGIMENTAL DE CINCO DIAS (ART. 47). NÃO CONHECIMENTO. (STF- RE 18768 AgR / SP, Relator Ministro Luiz Gallotti, julgado em 31.05.1951 e publicado no Diário de Justiça do dia 05.07.1951).

<sup>411</sup> Nesse sentido, os seguintes julgados: Ementa: ART. 156 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXCEPTIO PROPRIETATIS. DESPROVIMENTO DO AGRAVO DE DESPACHO DENEGADOR DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (STF-AI16467/PE, Relator Ministro Orozimbo Nonato, julgado em 15.12.1953 e publicado no Diário de Justiça do dia 30.04.1956); Ementa: MILITAR; VANTAGENS ECONOMICAS E REGALIAS HIERARQUICAS. INTERPRETAÇÃO DE DIPLOMAS LEGAIS QUE REGEM A ESPÉCIE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INCABIVEL. (STF-AI 18735/DF, Relator Ministro Ribeiro da Costa, julgado em 16.07.1957 e publicado no Diário de Justiça do dia 16.08.1957) e Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DESPACHO DENEGATORIO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO; SEU DESPROVIMENTO. (STF-AI 119446/SP, Relator Ministro Nelson Hungria, julgado em 05.05.1958 e publicado no Diário de Justiça do dia 05.07.1958).

<sup>412</sup> Ementa: Sublocação - Baseou-se o acórdão na prova produzida nos autos, sem aplicar a Lei nº 1.300 a sublocações, ocorridas na vigência do Dec.lei nº 9.669 - Inadmissível o extraordinário, nega-se provimento no agravo. (STF- AI 18945/DF, Relator Barros Barreto, julgado em 29.08.1956 e publicado no diário de Justiça do dia 31.10.1957).



àquela Corte. Mais que isso: pode-se afirmar, sem margens às tergiversações, que nesse período histórico do Direito Constitucional brasileiro não se admitia a adoção de *precedentes* como técnica compositiva de conflitos de interesses submetidos ao controle difuso de constitucionalidade.

No início da década de 60, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, mesmo não autorizados por lei específica aprovada pelo Congresso Nacional<sup>413</sup>, passaram a se valer da prerrogativa de negar recursos extraordinários e agravos de instrumento contrários à jurisprudência da Casa<sup>414</sup>. Nesse sentido, vale rememorar que a súmula de nº 01 do Supremo Tribunal Federal foi editada em dezembro 1963 e que, a partir deste momento e da edição de novos enunciados<sup>415</sup>, os *precedentes* firmados naquela Corte

---

<sup>413</sup> Registre-se que o Código de Processo Civil de 1939 não albergava tal previsão e, de igual modo, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A única hipótese de rejeição monocrática desses recursos - cumpre repetir - ocorria nos casos de deserções, tal como previa o § 1º do art. 191 do RI/STF.

<sup>414</sup> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL DO ART. 15, PAR 1 DO CAPITULO XX DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O SEU PROVIMENTO ESTÁ CONDICIONADO A PROVA DE QUE NÃO SE APLICA A ESPÉCIE A SÚMULA CITADA NO DESPACHO AGRAVADO OU QUE O AGRAVANTE APRESENTE NOVOS ARGUMENTOS PARA A SUA REVISÃO. [...]. (STF-AI 32101 AgR, Relator Ministro Evandro Lins, julgado em 14.05.1964 e publicado no Diário de Justiça do dia 30.07.1965), Ementa:AGRAVO REGIMENTAL. ARQUIVAMENTO PELA SÚMULA. COMPETÊNCIA DA TURMA, OU DO PLENO (REG. STF, ART. 24, PAR. 1). 1) QUESTÃO DE ORDEM: OS AGRAVOS REGIMENTAIS, CONTRA DESPACHO DO RELATOR, INCLUSIVE EM CASO DE ARQUIVAMENTO COM BASE NA SÚMULA, SERÃO JULGADOS PELA TURMA, OU PELO PLENO, A CRITÉRIO DO RELATOR, OU DA TURMA, NAS CONDIÇÕES DO ART. 24, PAR. 1, DO REGIMENTO CONSOANTE A EMENDA APROVADA EM 28.8.63. 2) NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO, POR TER O ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDAMENTO SUFICIENTE, BASEADO NA PROVA (SUM. 279, 283). (STF-AI 35993 AgR / GB, Relator Ministro Victor Nunes, julgado em 18.10.1965 e publicado no Diário de Justiça do dia 24.11.1965), Ementa: ARQUIVAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO (EMENDA REGIMENTAL DE 17.3.67, ART. 9.). DETERMINADO COM ASSENTO NA SÚMULA N. 279, NÃO E DE SER PROVIDO O AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO. (STF-AI 43441 AgR /SP, Relator Ministro Thompson, julgado em 16.08.1968 e publicado no Diário de Justiça do dia 04.10.1968) e Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. NEGA-SE PROVIMENTO QUANDO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO SE ENQUADRA NAS LETRAS A E D DO ART. 114, III, DA CONSTITUIÇÃO, INVOCADOS PELO AGRAVANTE.. (STF-AI 42268 AgR /GB, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, julgado em 02.04.1968 e publicado no Diário de Justiça do dia 23.08.1968).

<sup>415</sup> Ementa: Julgado que apreciou matéria de fato e a julgou à luz dos elementos probatórios, não enseja recurso extraordinário. Agravo não provido. (STF-AI 119446/SP, Relator Ministro Pedro Chaves, julgado em 20.06.1963 e publicado no Diário de Justiça do dia 27.07.1963); Ementa: JUSTIÇA GRATUITA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO FEDERAL. (STF-AI 26401/SP, Relator Ministro Cândido Motta, julgado em 26.04.1962 e publicado no Diário de Justiça do dia 22.06.1962); Ementa: PAGAMENTO DE DIFERENÇA DE PROVENTOS A INATIVOS DAS FORÇAS ARMADAS: - DECISÃO QUE NÃO CONTRARIOU OS ARTIGOS 182 E 193 DA CONSTITUIÇÃO DE 1946. AGRAVO DESPROVIDO. (STF-AI 42368/DF, Relator Ministro Eloy da Rocha, julgado em 16.08.1968 e publicado no Diário de Justiça do dia 11.04.1969). Ementa: MILITAR. PROMOÇÃO. INCAPACIDADE FÍSICA. MATÉRIA DE FATO.

Maior passaram a funcionar como parâmetros ao conhecimento dos recursos constitucionais<sup>416</sup>, os quais começaram a ser monocraticamente rejeitados quando colidentes com orientações (STF) já consolidadas<sup>417</sup>, como se pode vislumbrar pelo voto proferido pelo Ministro Aliomar Baleeiro na oportunidade do julgamento do agravo regimental 42268/GB:

O r. despacho de f. 32/33 é irrepreensível. Insinceridade é matéria de fato e prova. Ora, o v. acórdão de f. 23 julgou que o locador fora sincero. Não procedem as demais alegações como base para comprovação de que foi denegada vigência à lei federal. Nada impede segundo pedido por motivo diverso do anterior. Não provado por dissídio na forma do Regimento Interno e da Súmula n. 291. Arquivem-se: Súmulas 279, 291, 400, além das citadas no despacho denegatório.

---

AGRAVO NÃO PROVIDO. (STF-AI 38310/GB, Relator Ministro Gonçalves de Oliveira, julgado em 23.09.1966 e publicado no Diário de Justiça do dia 30.11.1966).

<sup>416</sup> Merecem ser consultados, para maiores esclarecimentos, as seguintes súmulas do Supremo Tribunal Federal anteriores ao Regimento Interno de 1970: 233, 247, 279 a 296, 299, 300, 322, 355, , 356, 389, 399, 400, 401, 432, 436, , 454, 456, 455, 475, 513, 527, e 528, dentre outras.

<sup>417</sup> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL DO ART. 15, PAR 1 DO CAPITULO XX DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O SEU PROVIMENTO ESTA CONDICIONADO A PROVA DE QUE NÃO SE APLICA A ESPÉCIE A SÚMULA CITADA NO DESPACHO AGRAVADO OU QUE O AGRAVANTE APRESENTE NOVOS ARGUMENTOS PARA A SUA REVISÃO. A TRANSLADAÇÃO DA PETIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO, NÃO É AUTOMÁTICA, DEPENDE DE INDICAÇÃO DA PARTE, NA FORMA DO ARTIGO 844, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DESPROVIDO. (STF-AI 32101 AgR, Relator Ministro Evandro Lins, julgado em 14.05.1964 e publicado no Diário de Justiça do dia 30.07.1965), Ementa:AGRAVO REGIMENTAL. ARQUIVAMENTO PELA SÚMULA. COMPETÊNCIA DA TURMA, OU DO PLENO (REG. STF, ART. 24, PAR. 1). 1) QUESTÃO DE ORDEM: OS AGRAVOS REGIMENTAIS, CONTRA DESPACHO DO RELATOR, INCLUSIVE EM CASO DE ARQUIVAMENTO COM BASE NA SÚMULA, SERÃO JULGADOS PELA TURMA, OU PELO PLENO, A CRITÉRIO DO RELATOR, OU DA TURMA, NAS CONDIÇÕES DO ART. 24, PAR. 1, DO REGIMENTO CONSOANTE A EMENDA APROVADA EM 28.8.63. 2) NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO, POR TER O ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDAMENTO SUFICIENTE, BASEADO NA PROVA (SUM. 279, 283). (STF-AI 35993 AgR / GB, Relator Ministro Victor Nunes, julgado em 18.10.1965 e publicado no Diário de Justiça do dia 24.11.1965), Ementa: ARQUIVAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO (EMENDA REGIMENTAL DE 17.3.67, ART. 9.). DETERMINADO COM ASSENTO NA SÚMULA N. 279, NÃO É DE SER PROVIDO O AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO. (STF-AI 43441 AgR /SP, Relator Ministro Thompson, julgado em 16.08.1968 e publicado no Diário de Justiça do dia 04.10.1968) e Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. NEGA-SE PROVIMENTO QUANDO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO SE ENQUADRA NAS LETRAS A E D DO ART. 114, III, DA CONSTITUIÇÃO, INVOCADOS PELO AGRAVANTE. (STF-AI 42268 AgR /GB, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, julgado em 02.04.1968 e publicado no Diário de Justiça do dia 23.08.1968).

No florescer da década de 70, com a publicação do novo Regimento Interno, foi reafirmada a competência<sup>418</sup> dos Ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>419</sup> para negarem, por despachos monocráticos, recursos extraordinários e agravos de instrumento em hipóteses nas quais esses (recursos) fossem sabidamente inapropriados ou quando confrontassem jurisprudência da Corte Maior.

É a seguinte a redação do predito imperativo legal:

Art. 22 - São atribuições do relator: I a XIV *Omissis*;

§ 1º - Poderá o relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente; e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal (art. 98) ou for evidente a sua incompetência<sup>420</sup>.

É a partir dos anos 60, portanto, que se começa a desenhar no Brasil o projeto de transformar o Supremo Tribunal Federal, em tema de controle difuso de constitucionalidade, em Corte voltada para a formação de *precedentes*, projeto esse que foi paulatinamente executado, culminando com o modelo totalmente inovador deste início do século XXI.

#### **4.3.1.2.1. Artigo 38 da Lei Federal 8.038/90**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e tendo em conta as novas missões reservadas ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal<sup>421</sup>, aos quais foram atribuídas competências para, respectivamente, analisarem questões constitucionais, via recursos extraordinários, e infraconstitucionais, via recursos especiais - não

---

<sup>418</sup> Impede sublinhar que os Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal editados respectivamente em 1891, 1909 e 1940 não previam a possibilidade de o relator, por despacho monocrático, negar seguimento a recursos extraordinários e correspondentes agravos de instrumento. Os referidos Regimentos podem ser Encontrados no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 10.11.2010.

<sup>419</sup> Rememore-se que, até então, os despachos monocráticos estavam amparados em súmulas da própria Corte.

<sup>420</sup> No Regimento Atual do Supremo Tribunal Federal o comando legal transcrito está no § 1º do art. 21.

<sup>421</sup> Confira-se, para tanto, artigos 101a 105 da Constituição Federal.

consideradas aqui as competências específicas de cada Corte -, foi editada a lei 8.038/90<sup>422</sup>, por meio da qual foram instituídas normas procedimentais para o conhecimento e para o julgamento dos precitados recursos<sup>423</sup>.

Indiscutivelmente, a lei 8.038/90 deve ser considerada como um dos marcos na edificação<sup>424</sup> do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade<sup>425</sup> no Brasil. Assim deve ser porque é neste diploma legal, mais especificamente no seu art. 38, que se vai encontrar o primeiro comando normativo debatido e aprovado pelo Congresso Nacional, posteriormente à Constituição Federal de 1988, que efetivamente estava direcionado a dar realce aos *precedentes* firmados no Supremo Tribunal Federal. Pode-se assim afirmar que o referido imperativo legal demarcou o momento a partir do qual o Direito Processual Civil (Constitucional) pátrio iniciou a sua caminhada rumo ao sistema de prevalência dos *precedentes*. Anote-se, ademais, que foi no precitado dispositivo de lei que se concedeu aos Ministros do Supremo Tribunal Federal - mediante Lei federal - a competência para que esses pudessem negar monocraticamente seguimento a recursos extraordinários e respectivos agravos de instrumento, quando os pedidos neles veiculados contrariassem, nas questões predominantemente de direito, súmula da Corte Suprema<sup>426</sup>.

É a seguinte a redação do preceptivo legal referido:

Art. 38 - O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido

---

<sup>422</sup> A íntegra da lei 8.038, de 28.05.1990, pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.11.2010.

<sup>423</sup> O procedimento aplicável para o conhecimento e o julgamento dos recursos extraordinário e especial foram inicialmente definidas pela lei 8.038/90.

<sup>424</sup> Registre-se que, a esse tempo, já vigorava o § 1º do art. 22 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

<sup>425</sup> Não se deve esquecer que a referida lei também versava temas outros, mas que essa pesquisa está direcionada para o exame do controle difuso de constitucionalidade exercitável por meio de recurso extraordinário.

<sup>426</sup> EMENTA: - Recurso extraordinário inadmitido. 2. Não cabe ver ofensa, por via reflexa, a normas constitucionais, aos fins do recurso extraordinário. 3. Se, para dar pela vulneração de regra constitucional, mister se faz, por primeiro, verificar da negativa de vigência de norma infraconstitucional, esta última é o que conta, para os efeitos do art. 102, III, a, da Lei Maior. 4. Decisão de cunho eminentemente processual não dá ensejo a seguimento de apelo extremo. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido. (AI 237654 AgR/RS, Relator Néri da Silveira, julgado em 29.06.199 e publicado no Diário de Justiça do dia 27.08.1999).

seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

O registro que deve ser feito quanto ao dispositivo legal antes declinado é o de que o mesmo (art. 38) é muito limitado, à razão de que somente prevê a negativa de seguimento a recurso extraordinário ou respectivo agravo de instrumento quando os fundamentos constitucionais neles (recursos) lançados forem contrários à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já sumulada<sup>427</sup>.

Como se pode notar, à época da edição da referida lei, não se cogitou da possibilidade de negar-se seguimento a recurso extraordinário tão-somente com suporte em *precedente* da Corte Suprema que ainda não houvesse sido objeto de súmula, muito embora os Ministros do Supremo Tribunal já utilizassem essa técnica, valendo-se, para tanto, do § 1º do art. 22 do Regimento Interno<sup>428</sup>.

Vale, contudo, sublinhar que o art. 38 da lei 8.038/90, para além de representar o primeiro comando infraconstitucional votado pelo

---

<sup>427</sup> Nesse sentido, o despacho que segue: Despacho: Insurge-se a União Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que declarou a inconstitucionalidade [...]. A fundamentação do julgado recorrido, contudo, reporta-se a precedente jurisprudencial do Plenário daquela Corte, sem que se fizesse constar o inteiro teor da decisão declaratória de inconstitucionalidade. A ausência do acórdão plenário que reconheceu a ilegitimidade constitucional desses atos emanados do Poder Público impede - ante a essencialidade de que se reveste essa peça processual - que o Supremo Tribunal Federal aprecie, de modo adequado, a controvérsia jurídica suscitada. [...]. O rigor formal que caracteriza o recurso extraordinário levou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo naquelas hipóteses em que o recorrente fizera juntar parte do acórdão plenário, a recusar seguimento, nesta instância jurisdicional, ao apelo extremo interposto [...]. Assim sendo, e tendo presentes as razões expostas, nego seguimento a este recurso (Lei n. 8.038/90, art. 38). (STF-RE 146755/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 01.02.1995 e publicado no Diário de Justiça do dia 21.02.1995).

<sup>428</sup> Ementa: ALCANCE DO ART. 22, PARAGRAFO 1, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO OFERECE CONDIÇÕES DE VIABILIDADE, O RELATOR TEM ATRIBUIÇÕES PARA NEGAR SEGUIMENTO A IRRESIGNAÇÃO DERRADEIRA. - IMPOSTO DE CONSUMO. VENDA DE BEM A PRAZO. OS JUROS ÍNTEGRAM. (RE 86645 AgR/DF, Relator Soares Nuno, julgado em 31.10.1978 e publicado no Diário de Justiça do dia 20.11.1978).

Congresso Nacional<sup>429</sup> a indicar que o controle difuso de constitucionalidade no Brasil deveria sofrer severíssimas mudanças, serviu também como projeto piloto para a redação do comando que hoje encontrar-se plantado no *caput* e no § 1º-A do art. 557 do Código de Processo Civil, cujo exame será feito no tópico seguinte.

Dentro da ordem de idéias até aqui expostas, não há como negar-se o fato de que o art. 38 da lei 8.038/90 e o § 1º do ar. 22 do Regimento Interno do Supremo Tribunal são os comandos normativos que plantaram a semente que deu origem ao modelo de controle difuso de constitucionalidade que hoje se vivencia no Brasil, modelo esse que, indubitavelmente, está marcado pela prevalência dos *precedentes*, ainda que esses não estejam sumulados.

#### **4.3.1.3. Evolução Legislativa do Artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973**

Uma das alterações do sistema processual brasileiro que pode ser identificada como tendente a implantar um novo cenário no controle difuso de constitucionalidade no Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, é a chamada súmula impeditiva de recursos. Nesse sentido, não se deve esquecer que o comando normativo que hoje existe no *caput* e no § 1º-A do art. 557 do Código de Processo Civil não foi previsto na redação original desse Estatuto, sendo, portanto, resultado de sucessivas alterações que lhe foram impostas<sup>430</sup>.

Recorde-se que, quando o Código de Processo Civil de 1973 foi promulgado<sup>431</sup>, o art. 557 não guardava qualquer relação com aquilo

---

<sup>429</sup> Já existia, á época, porém sem anuência do Congresso Nacional, o comando contido no § 1º do art. 22 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

<sup>430</sup> Curioso é observar, a partir da pesquisa que ora se inicia, que as alterações impostas a esse permissivo legal foram feitas justamente para fazer prevalecer a força dos *precedentes* emanados do Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo da também e igual força que têm os *precedentes* das Cortes infraconstitucionais dentro de suas respectivas competências.

<sup>431</sup> Lei federal 5.869, de 11.01.1973, publicada em 17.01.1973, com vigência a partir de 01.01.1974, cuja integra, com as respectivas atualizações, pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16.11.2010.

que hoje se denomina súmula impeditiva de recursos, à vista de que estava direcionado unicamente para as hipóteses de indeferimento de agravos de instrumento manifestamente improcedentes. Mais que isso, não previa esse comando legal a possibilidade de, por decisão monocrática, rejeitar-se outros tipos recursais.

Confira-se, a propósito, a redação original do predito imperativo legal<sup>432</sup>:

Art. 557. Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.

Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso para o órgão a que competiria julgar o agravo.

Sem maiores delongas, merece alusão o fato de que, até a edição da lei 8.038/90, mesmo inexistindo previsão expressa no Código de Processo Civil e de igual modo na legislação federal extravagante<sup>433</sup> que autorizasse a denegação monocrática de recursos constitucionais em descompasso com *precedentes* da Corte, os Ministros do Supremo Tribunal Federal já adotavam essa prática e denegavam os recursos extraordinários e correlatos agravos de instrumento assim classificados, lançando mão, para tanto, da autorização insculpida no § 1º do art. 22<sup>434</sup> do seu Regimento Interno<sup>435</sup>.

---

<sup>432</sup> A íntegra da lei 8.038, de 28.05.1990, pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16.11.2010.

<sup>433</sup> Não considerada aqui a previsão do § 1º do art. 22 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, porque não votada pelo Congresso Nacional.

<sup>434</sup> No Regimento Atual do Supremo Tribunal Federal o comando legal transcrito está no § 1º do art. 21.

<sup>435</sup> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. INCABIVEL O RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA A INTERPRETAÇÃO DE CLAUSULAS CONTRATUAIS. DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL INSUBSISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (STF-AI 75582/RS, Relator Ministro Rodrigues Alckmin, julgado em 12.02.1974 e publicado no Diário de Justiça do dia 22.03.1974); Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. TAXA DE JUROS. FIXAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A LEI N. 4.595/64, ART. 24 E SEU PARAGRAFO. II. SE DA MATÉRIA NÃO CUIDOU O ACÓRDÃO E CONTRA ELE NÃO FORAM OPOSTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, DESCABE APRECIA-LA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (APLICAÇÃO DA SÚMULA NS. 282 E 356). III. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (STF-AI 602250/SP, Relator Thompson Flores, julgado em 17.06.1974 e publicado no Diário de Justiça do dia 08.08.1974); Ementa: AGRAVO REGIMENTAL - MATÉRIA ADSTRITA A LEGISLAÇÃO ORDINARIA, INSUSCETIVEL DE EXAME PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO

Ainda quanto à evolução legislativa por que passou o art. 557 do Código de Processo Civil e tendo-se ainda em mira o fato de que esse (art. 557) é pedra de toque na formulação do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, cumpre ressaltar que, na primeira alteração imposta a esse comando legal, já se pode perceber um grande avanço rumo à adoção do entendimento que hoje dá realce aos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal.

Veja-se como ficou a nova redação do comando normativo em debate, a qual foi introduzida pela Lei federal nº 9.139, de 30.11.1995<sup>436</sup>:

Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior.  
Parágrafo único - Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia.

Da leitura do dispositivo legal antes transcrito se pode extrair, sem qualquer dificuldade interpretativa, que a nova redação imprimida pela Lei federal nº 9.139/95, na linha do que já fizera o art. 38 da Lei federal 8.038/90, conferiu ao relator do processo tão-somente a faculdade de negar seguimento a recursos - agora não mais só aos agravos de instrumento - quando esses fossem contrários à súmula do respectivo Tribunal ou de Tribunal Superior<sup>437</sup>. Mais uma vez, portanto, quedou-se silente o Congresso

---

REGIMENTAL IMPROVIDO. (STF-AI 100613 AgR/RJ, Relator Oscar Correa, julgado em 06.11.1984 e publicado no Diário de Justiça do dia 30.11.1984); Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALÍNEA 'C' DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. CASO EM QUE A RECORRENTE ALEGA QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO JULGOU VÁLIDO DECRETO ESTADUAL CONTESTADO EM FACE DO PROTOCOLO ICM 1/64, FIRMADO PELOS ESTADOS, NOS TERMOS DO CONVENIO ICM 35/83. OS PROTOCOLOS E CONVENIOS, EMBORA INTEGRAM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, SÃO NORMAS COMPLEMENTARES, QUE NÃO SE EQUIPARAM AS LEIS, PARA FINS DO ART. 119, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (STF-AI 124641 AgR/SP, Relator Carlos Madeira, julgado em 20.0.1988 e publicado no Diário de Justiça do dia 20.05.1988).

<sup>436</sup> A íntegra da lei 9.139, de 30.11.1995, publicada em 1.12.1995, com vigência postergada por 60 (sessenta) dias, contáveis da sua publicação, pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16.11.2010.

<sup>437</sup> Nesse sentido, o despacho que segue: DECISÃO: 1. [...]1.Trata-se de Recurso Extraordinário (fls. 308/315) com arguição de relevância que, [...] Adotando a exposição, a fundamentação e a conclusão do parecer do Ministério Público federal e valendo-me do



Nacional quanto à possibilidade de o relator do feito promover a negativa de recursos por confronto destes com *precedentes* do Supremo Tribunal Federal ainda não sumulados<sup>438</sup> pela Corte<sup>439</sup>.

Seguindo a trilha da evolução que levou ao conceito de súmula impeditiva de recurso tal como hoje compreendido, urge trazer à colocação a notícia de que o art. 557 do Código de Processo Civil sofreu nova modificação com a edição da Lei federal 9.756/98, de 17.12.1998, sendo certo que com essa nova redação passou-se a admitir que o relator - agora com amparo em norma votada pelo Congresso Nacional - negasse seguimento aos recursos quando esses confrontassem súmulas dos tribunais<sup>440</sup>, ou ainda quando os mesmos (recursos) violassem a jurisprudência do próprio Tribunal, do Supremo Tribunal Federal<sup>441</sup> ou de Tribunal Superior, ainda que essa (jurisprudência) não estivesse sumulada<sup>442</sup>.

---

disposto no § 1º do art. 21 do R.I.S.T.F., no art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.1990, e no art. 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao Recurso Extraordinário. (STF-RE 118953/RJ, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 13.11.1997 e publicado no Diário de Justiça do dia 04.12.1997).

<sup>438</sup> Relembre-se, uma vez mais, que o tema às vezes não foi ainda sumulado pela Corte, mas já se encontra uniformizado por ela, valendo reavivar que se ainda uniformizado, não pode valer como *precedente*.

<sup>439</sup> Assim o despacho que seguem: Cuida-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, [...] 6. Do exposto, com base no art. 38, da Lei n.º 8.038/90, combinado com o art. 21, § 1º, do RISTF, e acolhendo o parecer da ilustre representante do Ministério Público Federal, nego seguimento ao recurso. (STF-RE 191417/RS, Relator Ministro Néri da Silveira, julgado em 24.10.1997 e publicado no Diário de Justiça do dia 24.10.1997).

<sup>440</sup> EMENTA: - Recurso extraordinário inadmitido. 2. Não cabe ver ofensa, por via reflexa, a normas constitucionais, aos fins do recurso extraordinário. 3. Se, para dar pela vulneração de regra constitucional, mister se faz, por primeiro, verificar da negativa de vigência de norma infraconstitucional, esta última é o que conta, para os efeitos do art. 102, III, a, da Lei Maior. 4. Matéria de fato sujeita a exame no Tribunal local. Inviabilidade de reapreciá-la no apelo extremo, a teor da Súmula 279. 5. Apreciação de regras processuais ordinárias no recurso especial, inadmitido, negando-se seguimento ao agravo de instrumento. 6. Agravo regimental desprovido. (AI 231934 AgR/BA, Relator Ministro Néri da Silveira, julgado em 25.09.2001 e publicado no Diário de Justiça do dia 26.10.2001).

<sup>441</sup> Ementa: [...] A questão suscitada no recurso extraordinário já foi dirimida por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, segundo as quais compete à Justiça do Trabalho o julgamento das questões relativas à complementação de pensão ou de proventos de aposentadoria, quando decorrente de contrato de trabalho [...]. Diante do exposto, valendo-me dos fundamentos deduzidos nesses precedentes, nego seguimento ao agravo de instrumento (art. 21, § 1º, do R.I.S.T.F., art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.1990, e art. 557 do C.P.C.). [...]. Agravo improvido. (STF-AI 98260 AgR/MG, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 07.08.2001 e publicado no Diário de Justiça do dia 16.11.2001).

<sup>442</sup> EMENTA: Recurso extraordinário: descabimento: [...]. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de ser inviável a cobrança da Taxa de Limpeza Pública, instituída pela Lei 5.641/89, pelo Município de Belo Horizonte, por se tratar de taxa vinculada não somente à coleta domiciliar de lixo, mas, também, à limpeza de logradouros públicos, serviço de caráter

Confira-se, por oportuno, como ficou a nova redação do debatido imperativo legal:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Tomando-se para análise a nova dicção emprestada pela Lei federal 9.756/98 ao art. 557 do Código de Processo Civil, constata-se, com insuperável certeza, que essa (nova dicção) ocupa lugar de destaque no processo de evolução legislativa que levou à formação de um novo cenário no controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Isso porque, a partir dessa alteração legislativa, os Ministros do Supremo Tribunal Federal passaram a ter competência não só para negar seguimento a recursos extraordinários ou aos respectivos agravos de instrumento quando esses estiverem em confronto com jurisprudência dominante da Corte<sup>443</sup>, mas também e, sobretudo, para dar-lhes

---

universal e indivisível. [...] Agravo regimental improvido. (AI 250708 AgR/SC, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 21.02.2001 e publicado no Diário de Justiça do dia 24.03.2006). No mesmo sentido os seguintes julgados: AI 466649 AgR/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09.06.2009 e publicado no Diário de Justiça do dia 21.08.2009 e AI 6683938 AgR/SP, Relator Menezes Direito, julgado em 16.12.2008 e publicado no Diário de Justiça do dia 02.04.2009.

<sup>443</sup> Relembre-se que os Ministros já adotavam, ao tempo da edição da lei 7.756/98, a prática de rejeitar recursos extraordinários contrários à jurisprudência da Corte, fazendo-o com amparo no § 1º do art. 22 do Regimento Interno do Supremo Tribunal.

provimento sempre que as decisões recorridas fossem contrárias a jurisprudência ou súmula do Supremo Tribunal Federal<sup>444</sup>.

Como se pode verificar, em 1998, precisamente com a edição da Lei nº 9.756/98 e mais ainda com a possibilidade dela derivada de o relator do recurso no Supremo Tribunal Federal decidir monocraticamente pelo seu (recurso) provimento ou não, dava o controle difuso de constitucionalidade no Brasil um grande passo rumo à adoção da técnica da prevalência dos *precedentes* como marca inapagável de um novo cenário que se pretendia criar para esse específico modelo de controle de normas.

Certo mesmo é afirmar, pois, que, para além de conferir maior celeridade à prestação jurisdicional, a nova redação imprimida ao referido dispositivo legal estava impregnada por outro nobre objetivo, qual o de implantar no Brasil a técnica da prevalência do *precedente*, emprestando-se, assim, ainda que de forma indireta, aos reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, a força vinculante que deles deve emergir<sup>445</sup>.

#### **4.3.1.4. Recursos de Apelação = *Precedente* Obstativos de Recursos.**

Os recursos de apelação também sofrem influências das súmulas obstativas recursais, visto que, atualmente, podem ser sumariamente

---

<sup>444</sup> <sup>444</sup>EMENTA: 1. COFINS: base de cálculo: L. 9.718/98, art. 3º, § 1º: inconstitucionalidade. Ao julgar os RREE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 (Inf./STF 408), o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da L. 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal. [...] 2. COFINS: aumento de alíquota por lei ordinária [...] Agravo regimental: provimento, em parte, para corrigir a parte dispositiva da decisão agravada, que passará a ter o seguinte teor: "dou parcial provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1º-A, do C.Pr.Civil) para reformar o acórdão recorrido na parte em que julgou válida a ampliação da base de cálculo do PIS/COFINS, invertidos, nesse ponto, os ônus da sucumbência". (RE 399651 AgR/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 26.04.2006 e publicado no Diário de Justiça do dia 30.06.2006). Na mesma linha acórdão do RE 493642 AgR/RN, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 05.06.2007 e publicado no Diário de Justiça do dia 29.06.2007.

<sup>445</sup> Ao tratar do modelo americano *do stare decisis*, Eduardo Appio relembra que uma "cultura precedentista está construída a partir da crença de que a Suprema Corte segue seus próprios *precedentes*, ou seja, que existe coerência interna na Corte. Caso contrário, dificilmente as instâncias inferiores se sentiriam obrigadas a observar, nos casos pendentes de julgamento, as decisões da Suprema Corte ou de qualquer outra Corte Superior" (*Controle difuso de ...*, op. cit., p. 25).

negados quando veicularem temas que já tenham sido objeto de súmula pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Essa é a inteligência que se extrai da leitura do § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte:

Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º. O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Importa ressaltar que esse comando legal não constava da redação original do Código de Processo Civil de 1973, tendo sido introduzido neste instrumento jurídico por meio da Lei federal nº 11.276, de 07.02.2006<sup>446</sup>, cuja vigência foi postergada para 90 (noventa) dias a contar de sua publicação<sup>447</sup>.

Com efeito, o que se deve armazenar relativamente a esse inovador comando legal é que, a partir dele, a força gravitacional dos *precedentes* transpôs a trincheira dos tribunais<sup>448</sup>, lançando-se sobre a mesa do juiz de primeiro grau, o qual passou a ser parte ativa do processo de fortalecimento dos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para fins da pesquisa científica ora realizada, o imperativo de lei debatido tem alta significação, na medida em que obriga - isso mesmo - àquele que inicialmente define a norma individual e concreta (juiz) a aplicar os *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal quando os fundamentos do julgado recorrido (sentença) a eles (*precedentes*) façam referências. Anote-

<sup>446</sup> A íntegra da referida lei pode ser encontrada em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26.11.2010).

<sup>447</sup> Sobre o assunto, escreve Humberto Theodoro Júnior: "O raciocínio determinante da reforma foi no sentido de que, se se admite que uma súmula vincule juízes e tribunais, impedindo-os de julgamento que a contrarie, válido é, também, impedir a parte de recorrer contra sentença proferida em consonância com o assentado em jurisprudência sumulada pelos dois mais altos tribunais do país. Nos dois casos está em jogo o mesmo valor, qual seja o prestígio da súmula do STJ e do STF pela ordem jurídica". (*Curso de direito processual*, p. 660).

<sup>448</sup> Assim o art. 557 do Código de Processo Civil, transcrito linhas passadas.

se que a orientação normativa não deixa escolha ao julgador singular, à razão de que utiliza a locução “*não receberá*” em lugar de “*poderá deixar de receber*”. Mais que isso: o legislador não obrigou o juiz a seguir os *precedentes* quando prolata a sentença, mas, indubitavelmente, o obrigou a aplicá-los no juízo de admissibilidade recursal<sup>449</sup>.

Tomada a análise do imperativo legal citado sob outra perspectiva, poder-se afirmar que a verdadeira intenção do legislador infraconstitucional ao introduzir dita alteração no Código de Processo Civil outra não foi senão a de criar uma nova hipótese de impedimento do poder de recorrer<sup>450</sup>. Isso porque o comando legal determina o não recebimento do recurso quando a sentença guardar harmonia com *precedentes* de Cortes Superiores, obstáculo esse que pode mesmo ser comparado com a preclusão lógica ou mesmo à desistência da ação<sup>451</sup>.

Em arremate a esse tópico e diante da clareza da força vinculativa que emana do imperativo legal inscrito no § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil, pode-se asseverar, sem medo de equívocos, que essa inusitada orientação normativa é detentora de um grau de vinculação tão forte quanto o da súmula vinculante, porquanto ceifa, na origem, ainda no juízo primário, a possibilidade de debater-se o tema em qualquer Tribunal. Soma-se a isso, o fato de ter o legislador infraconstitucional estendido a hipótese de

---

<sup>449</sup> PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - APELAÇÃO - SEGUIMENTO NEGADO - APLICAÇÃO DO ART. 518, § 1º, DO CPC - SENTENÇA EM CONFORMIDADE COM SÚMULA DO STJ (SÚMULA N. 314/STJ) - ALEGAÇÃO NO SENTIDO DE QUE A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE É DECENAL E NÃO QUINQUENAL – RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Dispõe o art. 518, § 1º, do CPC que o juiz não eceberá a apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. 2. Verificada que a sentença está em conformidade com a Súmula 314 do STJ, correta a negativa de seguimento da apelação. O dispositivo processual tem por objetivo evitar impugnações que não tenham possibilidade de êxito, quando o STJ, última palavra em direito infraconstitucional, definiu a correta interpretação da norma legal através de enunciado sumular.3. Recurso especial não provido. (STJ-REsp 1078394, Relatora Ministra Eliana Camon, julgado em 11.11.2008 e publicado no Diário de Justiça do dia 11.11.2008).

<sup>450</sup> Sobre fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer, sugere-se a consulta a Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. (*Curso de direito processual: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, p. 50)

<sup>451</sup> Veja-se as letras colhidas no Curso de Processo Civil Coordenado por Luiz Rodrigues Wambier respeitantes ao tema: “A rigor, neste caso o recurso não é indeferido em razão da ausência de um dos requisitos de admissibilidade, já que saber se a sentença está ou não em consonância com um entendimento sumulado pelo STF ou pelo STJ é questão atinente ao juízo de mérito do recurso”. (*Curso avançado de processo*, p.226).

vinculação prevista no dispositivo aqui estudado às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, fato esse que espelha a dimensão da força detida por esse comando legal<sup>452</sup>.

Inegável, pois, que o precitado imperativo legal tem influência decisiva na formação do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, à vista de que empresta à sentença fundada em súmula do Supremo Tribunal Federal ares de ultimação, o que equivale mesmo a afirmar ser esta uma sentença que vem ao mundo jurídico já acompanhada do efeito de trânsito em julgado.

#### **4.3.1.5. Agravos de Instrumento = *Precedentes* Obstativos de Recursos**

Os Agravos de Instrumento, mesmo aqueles manejados para destrancarem recursos extraordinários e também recursos especiais

---

<sup>452</sup> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 518, § 1º DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA EM CONFORMIDADE COM SÚMULA DO STJ (SÚMULA 314). OFENSA AO ARTIGO 557 DO CPC. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO POSTERIOR PELO COLEGIADO. AFASTAMENTO DE EVENTUAIS VÍCIOS DA DECISÃO MONOCRÁTICA. 1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial no qual se alegava ofensa aos artigos 518, § 1º e 557, do CPC. 2. Dispõe o art. 518, § 1º, do CPC que o juiz não receberá a apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. O dispositivo processual tem por objetivo evitar impugnações que não tenham possibilidade de êxito, quando o STJ, última palavra em direito infraconstitucional, definiu a correta interpretação da norma legal através de enunciado sumular. 3. Hipótese em que se verificou que a sentença está em conformidade com a Súmula 314 do STJ, porquanto reconheceu a prescrição intercorrente, em face do transcurso do prazo de cinco anos após o período de suspensão dos autos. Correta, portanto, a aplicação do artigo 518, § 1º do CPC. Precedente da Segunda Turma. 4. Não obstante a matéria de que trata a Súmula 314 do STJ (prescrição intercorrente) seja objeto de discussão nos autos dos Recursos Especiais n. 1.102.554/MG e 1.103.043/PA, submetidos ao regime dos recursos repetitivos, a suspensão determinada pelo artigo 543-C do CPC não revoga o entendimento sumulado, que permite a aplicação do disposto no artigo 518, § 1º, do CPC. 5. Não configuração de violação ao artigo 557, caput, do CPC, porquanto tendo o relator identificado que o recurso de apelação era manifestamente improcedente, por estar em confronto com entendimento já pacificado pela jurisprudência desta Corte Superior, perfeitamente possível, nos exatos termos da lei, o seu julgamento por meio de decisão monocrática, em atenção à economia e celeridade processuais. 6. Orientação desta Corte no sentido de que a apreciação das razões pelo Colegiado em sede de agravo regimental afasta eventual vício da decisão decorrente de possível violação ao art. 557 do CPC, uma vez que a decisão monocrática impugnada por meio de tal recurso é referendada pelo órgão originariamente competente. 7. Agravo regimental não provido. (STJ-AgRg no REsp 1078302/PE, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 19.05.2009 e publicado no Diário de Justiça do dia 01.06.2009).

obstados na origem, estão também sujeitos ao alcance da força dos *precedentes*.

Neste particular e dentro do âmbito da presente pesquisa científica, interessa analisar a atual redação dos § 4º do art. 544 do Código de Processo Civil, mais especificamente a alínea “b” do seu inciso II, a qual concede ao relator do agravo de instrumento no Supremo Tribunal Federal a faculdade de, conhecendo-o, dar de imediato provimento ao próprio recurso extraordinário, isso quando o acórdão recorrido estiver em descompasso com jurisprudência firmada na Corte<sup>453</sup>.

Eis a redação dos permissivos legais correlatos:

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

§ § 1º e 2º *Omissis*

§ 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.

Cumpra seja esclarecido que foi por meio da Lei federal nº 9.756/98 que os Ministros do Supremo Tribunal Federal passaram a deter competência para no próprio agravo de instrumento dar provimento ao recurso extraordinário em face de confronto da decisão recorrida com súmula da Corte Maior. Nunca é demais recordar que nas redações anteriores dos imperativos legais transcritos<sup>454</sup> somente era facultado ao relator dar provimento ao agravo de instrumento e convertê-lo em recurso extraordinário, desde que aquele

---

<sup>453</sup> Jurisprudência uniformizada, portanto, *precedente*.

<sup>454</sup> Assim também os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

dispusesse das peças necessárias para o exame deste<sup>455</sup>. Nada era dito, contudo, quanto aos procedentes da Corte Maior.

Importante assentar que o comando aqui debatido deve ser sempre interpretado em compasso com o permissivo legal inscrito no § 1º-A do art. 557 do Código de Processo Civil, haja vista que a expressão *recurso* lá utilizada é genérica e deve ser compreendida como abarcante de todas as espécies recursais, dentre as quais o agravo de instrumento para fazer subir o recurso extraordinário.

Certo mesmo é que, na prática atual do Supremo Tribunal Federal, em face do instituto da repercussão geral<sup>456</sup>, raras são as vezes que se vê despachos solitários de relatores dando provimento a agravo de instrumento com amparo no § 4º do art. 544 do mesmo Código<sup>457</sup>. Isso porque, na maior das vezes, a matéria veiculada no agravo de instrumento está na aguardo de decisão a ser proferida em recurso extraordinário ao qual se atribuiu repercussão geral, o que leva os respectivos relatores a optarem pela devolução dos autos do agravo ao Tribunal de origem, aplicando-se, para tanto, o art. 328 do Regimento Interno da Corte e o art. 543-B do Código de

---

<sup>455</sup> Eis as antigas redações dos imperativos legais debatidos Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. § 3º Na hipótese de provimento do agravo, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial, o relator determinará sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo a esse recurso. § 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar. Essas redações foram impostas pela Lei federal 8.950/94. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29.11.202.

<sup>456</sup> A repercussão geral será analisada em tópico específico, mais adiante.

<sup>457</sup> Assim a decisão que segue: "Trata-se de agravo de instrumento contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.[...] O recurso merece prosperar. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 237.965, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 31.3.2000, fixou entendimento no sentido de que a fixação de horário de funcionamento para farmácias é matéria de competência municipal, não procedendo, portanto, as alegações de violação aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência, da liberdade de trabalho, da busca do pleno emprego e ao direito do consumidor. No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes: AI-ED 729.307, Rel. Min. Cármen úcia, Primeira Turma, DJe 4.12.2009; RE-AgR 408.373, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 16.6.2006; RE-AgR 441.817, de minha relatoria, DJ 24.3.2006 e RE-AgR 321.796, Rel. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ 29.11.2002. Ante o exposto, conheço do agravo, convertendo-o em recurso extraordinário, a que dou provimento (art. 544, § 4º, do CPC)". (STF-RE 767844/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11.06.2010 e publicado no Diário de Justiça do dia 22.11.2010).



Processo, os quais determinam que os recursos extraordinários, em hipóteses que tais, fiquem sobrestados<sup>458</sup>.

Em derradeiro, tendo em linha de consideração a excepcional competência concedida aos Ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>459</sup> por meio das alterações imprimida aos §§ 3º e 4º do art. 544 do Código de Processo Civil, parece insuperável a ilação de que esses imperativos legais também exerceram influências na formação do novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

#### **4.3.1.5. Precedentes Obstativos e Petições Iniciais**

Não tão significativa quanto às demais alterações impostas ao Processo Civil pátrio que contribuíram para a formação de um novo cenário no controle difuso de constitucionalidade no Brasil, o comando contido no art. 285-A conferiu ao juiz a faculdade de indeferir a petição inicial quando, naquele juízo, já se houver decidido pela improcedência de pedido similar àquele que está sendo examinado.

---

<sup>458</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPERCUSSÃO GERAL CONSTITUCIONAL. QUESTÃO SUSCETÍVEL DE REPRODUZIR-SE EM MÚLTIPLOS FEITOS. ART. 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. [...] Relatório: 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República, contra julgado no qual se discute a incidência de juros moratórios no período compreendido entre os cálculos judiciais e a expedição do precatório. Apreciada a matéria posta em exame, DECIDO. 2. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 579.431, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada neste recurso extraordinário. 3. O reconhecimento da repercussão geral do tema constitucional torna dispensável a determinação de subida do recurso extraordinário ou de conversão deste agravo de instrumento naquele recurso, pois os autos principais deverão aguardar na origem o julgamento de mérito do Recurso Extraordinário n. 579.431, a teor do que dispõe o art. 543-B do Código de Processo Civil. 4. Pelo exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para admitir o recurso extraordinário, devendo ser observado quanto a este o art. 543-B do Código de Processo Civil, nos termos do art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Retornem os autos deste agravo de instrumento à origem para que sejam apensados aos autos principais.”. (STF-AI 821289/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 16.11.2010 e publicado no Diário de Justiça do dia 22.11.2010).

<sup>459</sup> Também ao Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Esta a redação do imperativo legal referido, a qual foi incluída no Código de Processo Civil por meio da Lei federal nº 11.277, de 07.02.2006<sup>460</sup>:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Note-se que o legislador infraconstitucional tomou cautelas para autorizar o indeferimento liminar do pedido formulado. Em primeiro lugar, exigiu que a matéria controvertida fosse unicamente de direito; em segundo, que a sentença fosse de improcedência; em terceiro, que a matéria já tenha sido devidamente processada e decidida por aquele juízo<sup>461</sup>.

Afora essas cautelas, de extrema importância para se preservar o direito de a parte comparecer a juízo, o certo é que, estando os pedidos versados nos autos, ou mesmo o debate sobre as condições da ação, suportados em eventuais inconstitucionalidades de normas, a prática e a cautela indicam que, nestes casos, o julgador deve postergar a decisão de indeferimento da inicial, sobretudo quando o tema houver recebido a benção da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. Aqui a questão é de simples razoabilidade: se o Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou o tema constitucional, não há que se falar em *precedente*.

Essa hipótese verificou-se recentemente no Distrito Federal, na oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal debatia a

---

<sup>460</sup> A íntegra da referida lei, cuja eficácia foi postergada para 90 dias contados da publicação, pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26.11.2010.

<sup>461</sup> Citando Luiz Guilherme Marioni, Fredie Didier Jr. assinala a importância de o juiz prolator da sentença que decreta a improcedência por similitude de casos estar em harmonia com o entendimento do Tribunal ao qual esteja vinculado. Veja-se: “O art. 285-A dá ao juiz o poder de “indeferir liminarmente” a petição inicial de ação que objetive decisão que já tomou em caso idêntico. Note-se, porém, que não há qualquer lógica em admitir que o juiz possa julgar conforme o que decidiu em casos idênticos quando o Tribunal ao qual é vinculado já firmou jurisprudência predominante ou editou súmula em sentido contrário. No caso em que o Tribunal consolidou entendimento sobre a improcedência das demandas idênticas, a rejeição liminar da ação somente poderá observar a orientação do Tribunal.”

legitimidade ativa do Ministério Público para questionar a legalidade de Termos de Acordos de Regimes Especiais firmados pela Receita distrital e que implicavam alteração no montante de recolhimento do ICMS por aqueles que aderissem ao predito programa. Em face desses Termos de Acordos, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ajuizou várias ações civis públicas questionando cada um dos acordos firmados pela Receita distrital. Alguns juízes do Distrito Federal afirmaram, em sentenças, que o MPDFT não detinha legitimidade ativa para propor referidas ações<sup>462</sup>. Algumas Turmas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal ratificaram essa decisão<sup>463</sup>. O Superior Tribunal Justiça, posteriormente, unificou tal entendimento<sup>464</sup>, mas a matéria foi ao Supremo Tribunal Federal, tendo obtido pronúncia de repercussão geral<sup>465</sup>.

---

<sup>462</sup> Nesse sentido, partes da seguinte sentença: “O MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS ingressou com ação civil pública [...] no escopo de ver declarada a nulidade do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE [...]. Ao que vem de ser exposto, julgo o autor carecedor do direito de ação, ante a ilegitimidade para figurar no pólo ativo da relação processual, ao tempo em que extingo o processo sem apreciação do mérito, consoante o disposto no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Por conseguinte, fica prejudicada a análise do pedido liminar deduzido. (TJDFT-ACP 2003.01.1.068270-8, Juiz Donizeti Aparecido da Silva, sentença proferida em 01.06.2004 e publicada no Diário de Justiça do dia 15.06.2004)”.

<sup>463</sup> Assim o acórdão que segue: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL - TARE - COBRANÇA DE TRIBUTOS - ICMS - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE. 1 - De acordo com a jurisprudência predominante, o Ministério Público não tem legitimidade para ajuizar ação civil pública envolvendo a cobrança de tributos. De igual forma, não pode defender interesses de outros entes federados. 2 - Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime. (TJDFT-APC 2003.01.1.068270-8, Relatora HAYDEVALDA SAMPAIO, 5ª Turma Cível, julgado em 13/02/2006 e publicado no Diário de Justiça do dia 04/05/2006).

<sup>464</sup> Nesse sentido o acórdão que segue: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANULAÇÃO DE TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL - TARE FIRMADO PELO GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL E CONTRIBUINTE. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA. 1. [...] 5. Prejudicada a análise das demais questões em razão do reconhecimento da ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público. 6. Recurso especial não-provido. (STJ-REsp 845034/DF, Relator José Delgado, Julgado 14.02.2007 e publicado no Diário de Justiça do dia 11.06.2007).

<sup>465</sup> EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. PREJUDICIALIDADE CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL - TARE. LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. AFRONTA AO ART. 129, III, DA CF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PREJUDICIALIDADE CONSTITUCIONAL VERIFICADA. I - A prejudicial suscitada consubstancia-se em uma prioridade lógica necessária para a solução de casos que versam sobre a mesma questão. II - Precedente do STF. III - Questão resolvida, com a determinação de sobrestamento das causas relativas ao Termo de Acordo de Regime Especial que estiverem em curso no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios até o deslinde da matéria pelo Plenário da Suprema Corte. IV - O Plenário decidiu também que, a partir desse julgamento, os sobrestamentos poderão ser determinados pelo Relator, monocraticamente, com base no art. 328 do RISTF. STF-RE 576155-QO, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 11.08.2008 e publicado no Diário de Justiça do dia 11.09.2008 – encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 29.11.2010).

E foi justamente a partir do reconhecimento da repercussão geral relativa a essa controvérsia (legitimidade do MPDFT) que alguns juízes do Distrito Federal deixaram de aplicar o art. 285-A do Código de Processo Civil e passaram a suspender processos dessa natureza até que o Supremo Tribunal Federal proferisse a decisão paradigma<sup>466</sup>.

Como demonstrado, em hipótese cuja controvérsia versada nos autos envolva debate sobre constitucionalidade de normas, prudente que o julgador deixe de aplicar o comando contido no art. 285-A do Código de Processo Civil, até que o Supremo Tribunal Federal decida definitivamente o tema.

De outra banda, se essa cautela extra deve ser adotada em hipótese como a acima descrita - vale dizer, em temas que debatam a constitucionalidade de normas -, é porque se reconhece a força dos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal, fato tal que ressalta que o referido imperativo do Código de Processo Civil, ainda que indiretamente, teve e tem influência na formação do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

### **4.3.2. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade = *Precedentes Vinculantes***

#### **4.3.2.1. Definição**

À necessidade de pronunciamento da maioria absoluta dos membros ou de um órgão especial do Tribunal<sup>467</sup> para declarar a

---

<sup>466</sup> Tendo em vista que o RE 576155-Distrito Federal aguarda julgamento no STF, onde se definirá se o Ministério Público tem legitimidade para promover tais ações, tal como publicação que transcrevo, o curso do feito deve ser suspenso. [...]. Em face do exposto, decreto a suspensão do curso do feito até o julgamento definitivo daquele recurso. (TJDFT-ACP 20050110219809, decisão proferida em 20.03.2009 e publicada no Diário de Justiça do dia 23/10/2009).

<sup>467</sup> O incidente de arguição de inconstitucionalidade é, nesta Dissertação, considerado, junto com a súmula vinculante e com a repercussão geral, como uma das três modificações mais importantes para a formação do atual cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, daí a importância que se lhe dá neste tópico, vale dizer: um tratamento mais detalhado.

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público<sup>468</sup>, a doutrina e a jurisprudência pátria<sup>469</sup> convencionaram chamar de reserva de plenário. Ao procedimento que deve ser seguido na oportunidade em que o órgão fracionário do Tribunal acolhe a argüição de inconstitucionalidade como questão prejudicial ao julgamento de um determinado recurso, os estudiosos do Processo Civil e Constitucional brasileiro passaram a chamar de incidente de argüição de inconstitucionalidade<sup>470</sup>.

Partindo das observações antes declinadas é que se está autorizado a definir *incidente* de argüição de inconstitucionalidade<sup>471</sup> como sendo a circunstância acidental que transfere ao pleno ou ao órgão especial do Tribunal judicial (*argüição*) a competência para apreciação de uma questão prejudicial<sup>472</sup>, enquanto antecedente lógico da decisão final<sup>473</sup>, relacionada com a inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo do poder público (*incidente*).

---

<sup>468</sup> Eis a redação do art. 97 da Constituição Federal: Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo Órgão Especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público

<sup>469</sup>. No mesmo sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verbis: RESERVA DE PLENÁRIO – LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL SEM PRECEDENTE DO ÓRGÃO COLEGIADO. Possui repercussão geral controversia sobre a necessidade de observância do artigo 97 da Constituição Federal ante a referência a decisão de Órgão Fracionário que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afasta a aplicação de dispositivo legal. (STF-RE 585702/Es, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 10.12.2008 e publicado no Diário de Justiça do dia 03.03.2009). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 09.12.2010.. A terminologia foi também adotada pela súmula vinculante nº 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de Órgão Fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

<sup>470</sup> Vale consultar, para esse fim, o que diz Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito op. cit.*, p. 621). No mesmo sentido, Fredie Didier JR, Leonardo José Carneiro da Cunha (*Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais*, p.p. 539/541).

<sup>471</sup> Pelas observações lançadas quanto às duas fases do procedimento (argüição e incidente), pensa-se que o instituto melhor seria identificado se fosse utilizada a locução “*argüição de incidente de inconstitucionalidade*”, certo que, quando uma inconstitucionalidade é suscitada no bojo de um recurso, a pretensão do recorrente é sempre, por força do que dispõe o art. 97 da Constituição Federal, a de obter a instauração do incidente de inconstitucionalidade.

<sup>472</sup> Lembrando que a inconstitucionalidade pode ser argüida na via concentrada, impõe-se transcrever a noção que Moacyr Amaral Santos tem sobre prejudiciais: “Num sentido mais técnico, questões prejudiciais são aquelas que, além de constituírem premissas lógicas da sentença, reúnam condições suficientes para ser objeto de ação autônoma”, (*Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 69.).

<sup>473</sup> *Ibidem*.

#### 4.3.2.2. Origens e Notas Importantes

Definido o instituto do incidente de arguição de inconstitucionalidade, importa estudar a sua origem. Neste particular, deve ser reafirmado<sup>474</sup> que a regra constitucional que o inspira, qual seja a reserva de plenário, haurida no Direito Constitucional estadunidense, passou a integrar a ordem jurídica brasileira, na linha do que afirmado por José Levi Mello do Amaral Júnior<sup>475</sup>, sob a égide da Constituição de 1891, por meio de art. 1º do Decreto 938/1902<sup>476</sup>, vindo a ser elevada ao patamar constitucional somente com a Constituição de 1934<sup>477478</sup>.

Nota importante a ser feita quanto a esse procedimento diz com o fato de poder ser o mesmo (incidente) suscitado em quaisquer dos tipos recursais previstos no art. 496 do Código de Processo Civil, inclusive embargos declaratórios. De igual sorte, pode ser o incidente provocado nas ações de competência originária do Tribunal<sup>479</sup> como a ação rescisória, o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção ou a ação originária, não se devendo esquecer que no controle abstrato a reserva de plenário é algo ínsito ao próprio procedimento<sup>480</sup>.

Outra peculiaridade do incidente de arguição de inconstitucionalidade reside na possibilidade de poder ser o mesmo instaurado

---

<sup>474</sup> Assim no Capítulo 2 desta Dissertação

<sup>475</sup> Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição Federal e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, p. 26.

<sup>476</sup> A redação do referido dispositivo é a seguinte: Art. 1º Sempre que o Supremo Tribunal Federal tiver de julgar, nos casos de sua competência, compreendida no art. 59, ns. 1 e 3 da Constituição, ou quando em qualquer pleito se envolver questão de inconstitucionalidade das leis da União ou dos Estados e de tratados federaes, as decisões finais serão proferidas com a presença de dez, pelo menos, dos seus membros desimpedidos.

<sup>477</sup> A Constituição de 1934 foi estudada no Capítulo 2, item 2.4, desta Dissertação.

<sup>478</sup> Registre-se que no Capítulo 2 desta Dissertação poder-se-á ter uma noção detalhada sobre o surgimento do incidente e sobre a evolução do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, o que facilitará em muito o entendimento deste tópico.

<sup>479</sup> Deve-se ter em mente que o Supremo Tribunal Federal reconheceu aos Tribunais de Contas competência para apreciar a constitucionalidade de normas ou atos normativos do poder público. Esta a redação da referida súmula 347/STF: o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

<sup>480</sup> Assim os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior ao assinalar que em se tratando de matéria de direito, não há preclusão do direito de provocar a apreciação da inconstitucionalidade, modo pelo qual pode a parte argüi-la na inicial, na contestação, nas razões de recurso, em petição avulsa e até em sustentação oral, na sessão de julgamento.

em qualquer etapa procedimental no Tribunal<sup>481</sup>, inclusive mediante sustentação oral, o que equivale a afirmar que não está este sujeito à preclusão<sup>482</sup>, sobretudo por dizer (o instituto) com questão de ordem pública, qual pode ser levantada e reconhecida a qualquer tempo nos Tribunais judiciais, aqui incluídos os Tribunais Superiores<sup>483</sup>.

Característica que deve ser ressaltada quando se aborda esse tema (incidente de argüição) é a de que a instauração do incidente de argüição de inconstitucionalidade transmuda - naquela específica fase de julgamento da matéria - o controle de constitucionalidade concreto para

---

<sup>481</sup> José Carlos Barbosa Moreira assinala, a esse respeito, que a parte pode argüir a inconstitucionalidade em qualquer peça do processo, inclusive petição avulsa que junte aos autos durante a tramitação perante o Órgão Fracionário, ou até, se for o caso, em sustentação oral, na sessão de julgamento. Não há preclusão em se tratando da *questão iuris*. (*O novo processo civil...*, op. cit. 179).

<sup>482</sup> I e II *Omissis* III - O juiz relator ou qualquer dos demais componentes do órgão fracionário têm faculdade de argüir, ex officio, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a fim de que se delibere se a questão deve ou não ser submetida ao Tribunal Pleno. IV - Inexistência de ofensa aos arts. 480 e seguintes do CPC se órgão julgador se limita a decidir à luz da Constituição, sem que se instaure o incidente. V a VII *omissis* (REsp 595181/RS, Relator Ministro Felix Ficher, julgado em 05.02.2004 e publicado no Diário de Justiça do dia 08.03.2004).

<sup>483</sup> Sempre é bom lembrar que o Ministro Sepúlveda Pertence, de há muito, defendeu a tese de que no Supremo Tribunal Federal a provocação de ofício do incidente de inconstitucionalidade deveria ser vista com certa cautela, como se pode extrair da leitura da seguinte ementa: Recurso extraordinário e controle incidente de constitucionalidade das leis. Na instância extraordinária, e (*sic*) de ser recebida com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso: assim, quando nem a decisão objeto do recurso extraordinário, nem o recorrente hajam questionado a validade, em face da Constituição, da lei aplicada, mas se hajam limitado a discutir a sua interpretação e conseqüente aplicabilidade ou não ao caso concreto, a limitação do juízo do RE, de um lado, ao âmbito das questões constitucionais enfrentadas pelo acórdão recorrido e, de outro a fundamentação do recurso, impede a declaração de ofício de inconstitucionalidade da lei aplicada, jamais argüida partes nem cogitada pela decisão impugnada. II - Aposentadoria: proventos: limitação (CF 69, art. 102, PAR. 2.): inteligência. A vedação de que os proventos do aposentado excedessem A remuneração percebida em atividade, segundo o art. 102, PAR. 2., da Carta de 69, jamais foi interpretada pelo STF no sentido de constituir obstáculo a que, por lei, se concedessem aumentos reais aos ganhos do pessoal inativo, nem particularmente, que a eles a lei estendesse, caso a caso, aumentos ou vantagens novas concedidas ao funcionalismo ativo: precedentes. O que não se admitia, no regime decaído, por força do art. 98, parágrafo único, da Carta, era que a lei pudesse, em abstrato, equiparar proventos a vencimentos ou estender aos primeiros quaisquer melhorias futuras de remuneração da atividade: a falta de prequestionamento na instância ordinária e de argüição pelo recorrente de inconstitucionalidade do diploma local que assim dispunha, o tema não pode ser enfrentado neste recurso extraordinário. Igualmente não e o RE a via adequada para aferir da violação do mesmo art. 98, parágrafo único, sob o único prisma em que a suscitou o recorrente: saber se a legislação estadual estendera ou não a gratificação postulada a outras categorias policiais, que não as integrantes da carreira de Delegado de Polícia, e questão de direito local (Súmula 280). (Brasil – STF: RE 117805/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 04.05.1993 e publicado no Diário de Justiça do dia 27.08.1993).

abstrato<sup>484</sup>. Isto porque o que se efetivamente aprecia na oportunidade em que se decide a prejudicial não é o caso concreto levado ao conhecimento do Poder Judiciário, mas sim a compatibilidade vertical da norma sob a qual está suportado o acolhimento ou a rejeição do pedido concretamente formulado na inicial com a Constituição parâmetro, o que efetivamente dá ares de objetividade a este incidente procedimental.

Ainda como especificidade do instituto, deve ser rememorado que o Ministério Público haverá sempre que participar do procedimento de argüição de inconstitucionalidade, seja como parte, seja como argüente, seja como oficiante.

Segundo entendimento reinante na doutrina processual civil brasileira<sup>485</sup>, o órgão fracionário do Tribunal pode rejeitar a argüição de inconstitucionalidade quando entender que a norma impugnada não se aplica ao caso concreto ou quando decidir que esta (norma impugnada) é verticalmente compatível com a Constituição tomada como parâmetro de controle. Muito oportunamente, José Carlos Barbosa Moreira<sup>486</sup> faz importante distinção entre a inadmissibilidade e a improcedência da argüição de inconstitucionalidade, para concluir que, na primeira, não há razão que justifique a argüição; enquanto que, na segunda, o órgão fracionário se opõe à argumentação desenvolvida pelo suscitante.

---

<sup>484</sup> O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, vislumbrando essa nova feição nos julgamentos dos instrumentos próprios do controle difuso de constitucionalidade, certa feita assentou: “Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo” (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, Sub Judge 20/21, 2001, p. 33 (49). (STF-RE 556664/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 12.06.2008 e publicado no Diário de Justiça do dia 13.11.2008).

<sup>485</sup> Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior ao salientar que a argüição é feita perante o órgão do Tribunal encarregado do julgamento do processo, sendo que esse órgão parcial não tem competência para declarar a inconstitucionalidade, mas pode perfeitamente reconhecer a constitucionalidade da norma impugnada e a irrelevância da argüição dos interessados (*Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, p. 622).

<sup>486</sup> *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*, p. 180.



#### 4.3.2.3. Evolução Legislativa

Sem abandonar o foco da presente pesquisa, qual a evolução legislativa que conduziu à prevalência dos *precedentes* firmados no Supremo Tribunal Federal e à edificação de um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil, urge trazer à colação a constatação de que, embora elevado ao patamar constitucional em 1934, o incidente de argüição de inconstitucionalidade somente passou a integrar o Código de Processo Civil em 1973, à razão de que o Estatuto de 1939 sobre ele (incidente) não teceu qualquer tratativa<sup>487</sup>.

Dentro dessa demarcação evolutivo-histórica, impende sublinhar que, desde a origem, o *caput* do art. 480 e a cabeça do art. 481, ambos do Código de Processo Civil brasileiro de 1973<sup>488</sup>, estabelecem sucintamente os procedimentos a serem observados quando surge concretamente no Tribunal uma argüição de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público.

Eis as redações dos imperativos legais citados:

Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Como se vê pela consulta às redações originais dos comandos normativos transcritos, sendo argüida a inconstitucionalidade no órgão fracionário, deve ser a prejudicial submetida a julgamento e, sendo acolhida, deve o processo ser enviado ao pleno ou ao órgão especial

---

<sup>487</sup> Maiores esclarecimentos sobre o caminhar do instituto da reserva de plenário no Direito Constitucional pátrio podem ser colhidos com a leitura do Capítulo 2 dessa Dissertação, que trata da evolução do controle de constitucionalidade no Direito Constitucional brasileiro.

<sup>488</sup> Eis a redação do dispositivo citado: Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

competente do Tribunal para a sua apreciação, na forma do art. 97 da Constituição Federal.

O certo é que uma investigação que tenda a identificar as alterações legislativas que tiveram por alvo o fortalecimento dos *precedentes* firmados no Supremo Tribunal Federal e, como conseqüência, a edificação de um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil, há que se debruçar, inarredavelmente, sobre o estudo do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil brasileiro, o qual dispensa a instauração do incidente de argüição de inconstitucionalidade quando houver *precedente* na Casa julgadora ou no plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Veja-se a redação do comando legal citado:

Art. 481 [...]

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Percorrendo o caminho indicativo das alterações legislativas tendentes a dar força aos *precedentes* do Supremo Tribunal Federal, há que se destacar que o comando legal posto para análise não fez parte da redação original do Código de Processo Civil de 1973, sendo resultado de uma inclusão decorrente da aprovação de Lei federal nº 9.756/98, a qual buscou, neste particular, justamente preservar a autoridade das pronúncias de inconstitucionalidades feitas pela Corte Maior deste País.

Demarcado o surgimento dessa insuperável regra de vinculação a *precedentes*, não se pode deixar de comentar o fato de que os pronunciamentos antes referidos (*precedentes*) poderão dar pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do poder público sindicados. O que importa como paradigma, portanto, não é a declaração de inconstitucionalidade, mas o que tenha sido decidido no

juízo, tal significando dizer que, tendo o pleno ou o órgão especial da respectiva Corte ou mesmo o pleno do Supremo Tribunal Federal rejeitado, com observância da regra da reserva de plenário, a inconstitucionalidade de uma determinada norma, por evidência palmar, não se faz necessária a instauração de um novo incidente de arguição de inconstitucionalidade<sup>489</sup>, ressalvada, por óbvio, a veiculação de novos fundamentos não apreciados no julgamento anterior<sup>490</sup>.

A partir desse âmbito de compreensão, há que se extrair ainda a lógica ilação segundo a qual, para fins de fixação de *precedentes*, não de ser também consideradas as pronúncias feitas em sede de controle abstrato<sup>491</sup> de normas<sup>492</sup>, quer pelo Supremo Tribunal Federal, quer pelos Tribunais estaduais ou do Distrito Federal, esses dentro de suas bases territoriais. Isso porque, nestas hipóteses, ao pronunciarem a

---

<sup>489</sup> Controle de constitucionalidade; reserva de plenário (CF, art. 97): aplicabilidade, no caso, da exceção prevista no art. 481, parágrafo único, do C. Pr. Civil (red. da L. 9.756/98), que dispensa a submissão ao plenário, ou ao órgão especial, da arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. 2. Fazenda Pública: execução não embargada: honorários de advogado: MPr 2.180/2001: constitucionalidade declarada pelo STF, com interpretação conforme ao art. 1º-D da L. 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MPr 2.180-35/2001, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, § 3º) (RE 420.816, Plenário, 29.9.2004, red. p/acórdão Pertence, Inf./STF 363). No caso, contudo, tratando-se de litisconsórcio, não há nos autos elementos que permitam concluir, com segurança, pela incidência do § 3º do art. 100 da Constituição com relação a todos os litisconsortes. RE provido para, ressalvada a incidência do procedimento relativo às obrigações definidas em lei como de pequeno valor, afastar a condenação da Fazenda Pública ao pagamento da verba honorária. (RE 440458 AgR/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 19.04.2005 e publicado no Diário de Justiça do dia 06.05.2005).

<sup>490</sup> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. [...] 3. A decisão sobre a não incidência da contribuição previdenciária em comento não viola o princípio da reserva de plenário (artigo 97 da CF/88), haja vista que ela não pressupõe a declaração de inconstitucionalidade da legislação previdenciária suscitada pela agravante (artigos 22, I e 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91, 60, § 3º, da Lei n. 8.213/91). 4. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, interpretar suposta violação de dispositivos constitucionais. 5. Agravo regimental não provido. (REsp 1273428, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 28.09.2010 e publicado no Diário de Justiça do dia 07.10.2010).

<sup>491</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO [...] A existência de decisão plenária, proferida em sede de controle normativo abstrato, de que tenha resultado o indeferimento do pedido de medida cautelar, não impede que se proceda, desde logo, por meio do controle difuso, ao julgamento de causas em que se deva resolver, "incidenter tantum", litígio instaurado em torno de idêntica controvérsia constitucional. Precedentes. (STF-RE 500306 ED/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 10.05.2009 e publicado no Diário de Justiça do dia 10.06.2009).

<sup>492</sup> A constituição federal de 1967 foi estudada no Capítulo 2, item 2.7, desta Dissertação.

inconstitucionalidade de uma determinada norma, estas Cortes extirpam a mesma do mundo jurídico. Lado outro, ao afastaram a mácula de inconstitucionalidade, reconhecem (esses órgãos) a perfeita compatibilidade vertical da lei ou ato normativo do poder público com a Constituição tomada como parâmetro de controle - Federal ou Estadual<sup>493</sup>. E é justamente a partir dessa peculiaridade, tomada de empréstimo ao sistema abstrato de controle de normas, que se está autorizado a reafirmar o entendimento segundo o qual a pronúncia pela constitucionalidade da norma, seja no controle difuso, seja no concentrado, desde que observada a regra da reserva de plenário, deve ser tida como *precedente*<sup>494</sup> a impedir a instauração do futuro incidente de argüição de inconstitucionalidade.

Ainda para destacar a força do *precedente* em tema de incidente de argüição de inconstitucionalidade, cabe aludir que, na aplicação do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, se a decisão do Tribunal ao qual esteja vinculado o órgão fracionário confrontar-se com o que já decidido pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, ou seja, se a Corte estadual ou federal entender por constitucional aquilo que o pleno do Supremo Tribunal

---

<sup>493</sup> EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido. (STF-Rcl-Agr 1880/SP, DJ de 19.03.2004).

<sup>494</sup> Repita-se, com Eduardo Appio, que um *precedente* terá tanto mais força quanto mais a interpretação através dele executada se mostre plausível, esteja absorvida pela cultura jurídica local e não represente uma “surpresa” para os litigantes (*Controle difuso de ..., op. cit.*, p. 64).

Federal entendeu por inconstitucional, ou vice-versa, deve prevalecer o entendimento deste último, jamais o da Corte de segundo grau<sup>495</sup>.

Questão curiosa relativa à formação desse tipo de *precedente* diz com a coincidência de fundamentos de inconstitucionalidade utilizados na apreciação feita pelo Tribunal ou pelo pleno do Supremo Tribunal Federal e aquele constante da nova argüição de inconstitucionalidade. Isso porque poderá acontecer de ser levantada uma nova fundamentação - distinta daquela que orientou a decisão paradigma - capaz mesma de ensejar mudança de entendimento do órgão julgador e, por conseguinte, o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma anteriormente tida por constitucional. Inegavelmente, tal hipótese pode vir a ocorrer. Neste caso, contudo, dada a originalidade da nova fundamentação jurídica, por evidência palmar, não há de se aplicar o impedimento previsto no imperativo legal antes referido, pelo que deve o processo seguir o seu normal curso, bastando, para tanto, que sejam específica e detalhadamente esclarecidos esses novos argumentos<sup>496</sup> jurídicos<sup>497</sup>. Tem-se aqui um exemplo claro de *distinguishing*.

---

<sup>495</sup> Assim já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, consoante se pode auferir pela seguinte ementa: I. Recurso extraordinário: limitação temática às questões suscitadas na interposição. O juízo de conhecimento do recurso extraordinário, como é da sua natureza, circunscreve-se às questões suscitadas na sua interposição: não aventada nesta a nulidade do acórdão recorrido, que teria declarado a inconstitucionalidade dele, sem observância do art. 97 da Constituição, é impossível conhecer do recurso para declarar o vício não alegado. II. Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição. III. Controle de constitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97): inaplicabilidade, no caso, da exceção prevista no art. 481, parágrafo único, do C.Pr.Civil (red. da L. 9.756/98). 1. O artigo 481, parágrafo único, introduzido no Código de Processo Civil pela L. 9.756/98 - que dispensa a submissão ao plenário, ou ao Órgão Especial, da argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão - alinhou-se à construção jurisprudencial já então consolidada no Supremo Tribunal, que se fundara explicitamente na função outorgada à Corte de árbitro definitivo da constitucionalidade das leis. 2. A regra, por isso mesmo, só incide quando a decisão do Órgão Fracionário de outro Tribunal se ajusta à decisão anterior do plenário do Supremo Tribunal. 3. Manifesta é a sua impertinência a hipóteses, como a do caso, em que a Turma da Corte de segundo grau vai de encontro ao julgado do STF, para declarar inconstitucional o dispositivo de lei que aqui se julgara válido perante a Constituição. (RE-AgR 433806/SP, DJU de 01.04.2—5).

<sup>496</sup> Remete-se o leitor para o Capítulo 4, item 4.5, desta Dissertação no qual foram estudados os métodos de aplicação do *precedente*, dentro os quais o instituto do *distinguishing*.

<sup>497</sup> Escrevendo sobre o *precedente* do sistema americano e lembrando o *distinguishing*, Eduardo Appio salienta que a “vinculação ao precedente impõe à Suprema Corte o dever de revogá-lo, expressamente, sempre que venha a alterar a sua posição sobre o assunto, ao invés de optar pela manutenção do precedente, sob o argumento de que não é aplicável ao caso (técnica do *distinguishing* (Controle difuso de ..., op.cit., p. 25). Ainda sobre esse tema

Seguindo a trilha das regras que devem ser seguidas para a formação do *precedente* em sede de incidente de argüição de inconstitucionalidade, impende reavivar que, tendo em conta a orientação normativa haurida no artigo 22 da lei 9.868/99<sup>498</sup>, a decretação de improcedência da prejudicial de inconstitucionalidade, quando observada a reserva de plenário, importa reconhecimento da constitucionalidade da norma impugnada. De outra visada, a proclamação da sua procedência tem como conseqüência inevitável a pronúncia de incompatibilidade vertical da lei ou do ato normativo do poder público com a Constituição parâmetro, vale dizer: a sua inconstitucionalidade. Ajunte-se que as leis e os atos normativos do poder público gozam de presunção de constitucionalidade e que se não forem alcançados os votos necessários à proclamação da inconstitucionalidade, independentemente do debate que tenha sido travado no plenário pelos julgadores, o resultado do julgamento haverá que ser necessariamente a improcedência do incidente de argüição de inconstitucionalidade.

Proclamado o resultado do julgamento pelo pleno ou pelo órgão especial do Tribunal resta definitivamente decidida a questão no seio daquela Corte, com o que deve essa decisão ser aplicada, para além do caso

---

(*distinguishing*), vale consultar o seguinte acórdão: EMENTAS: 1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. *Habeas corpus*. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em *habeas corpus*. Rejeição de proposta de cancelamento da súmula 691 do Supremo. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de *habeas corpus* contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar. 2. AÇÃO PENAL. Tributo. Crime contra a ordem tributária, ou crime tributário. Procedimento administrativo não encerrado. Pendência de recurso administrativo. Lançamento não definitivo. Delito ainda não tipificado. Jurisprudência assentada do Supremo. Constrangimento ilegal caracterizado. Extinção do processo. HC concedido de ofício para esse fim. Pedido prejudicado. Crime contra a ordem tributária não se tipifica antes do lançamento definitivo de tributo devido. (STF-HC 85185/SP, Relator Ministro Cezar Peluzo, julgado em 10.08.2005 e publicado no Diário de Justiça do dia 01.09.2006). Também nesse rumo as Reclamações: (STF-Rcl 4138 MC/RS, Ministro Gilmar Mendes julgado em 24.04.2006 e publicado no Diário de Justiça do dia 28.04.2006; 01.09.2006, STF-Rcl 4005 MC/RS, Ministro Gilmar Mendes julgado em 15.12.2005 e publicado no Diário de Justiça do dia 03.02.2006).

<sup>498</sup> Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, norma tal que já foi citada neste trabalho.

concreto que levou ao incidente, a todos os demais casos que veiculem a mesma questão de constitucionalidade decidida no julgado paradigma<sup>499</sup>.

A decisão proferida pelo pleno ou pelo órgão especial do Tribunal no incidente de arguição de inconstitucionalidade pode ser impugnada unicamente mediante embargos de declaração, desde que presentes os seus requisitos. Fora essa hipótese, toda a doutrina do Direito Processual Civil pátrio<sup>500</sup> e bem assim aqueles que escrevem sobre o controle de constitucionalidade<sup>501</sup>, manifestam-se no sentido da impossibilidade de interposição de qualquer outro recurso contra o acórdão proferido neste julgamento, seja qual for a hipótese dos autos.

#### **4.3.2.3.1. Participação de Terceiros: *Amicus Curiae***

A possibilidade de participação de terceiros, que não integram a relação jurídico-material, no incidente de arguição de inconstitucionalidade representa a prova mais contundente de que o novo cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil tem a teoria dos *precedentes* como um de seus fundamentos.<sup>502</sup> Não fosse isso, qual seria então a intenção do legislador infraconstitucional ao democratizar esse procedimento e facultar àqueles que não integram o conflito de interesses manifestar suas opiniões sobre o tema nele debatido?

Assim é que, além da participação do representante do Ministério Público, o Código de Processo Civil admite<sup>503</sup>, nos termos do art. 482, a intervenção das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela

---

<sup>499</sup> Vale sublinhar que é neste momento que aparece a força vinculante do *precedente* firmado, nos termos do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil.

<sup>500</sup> Explícito, nesse sentido, é Vicente Greco Filho ao afirmar que o recurso contra a decisão é do acórdão que aplicou o direito ao caso concreto e não da decisão do plenário que resolveu o incidente de inconstitucionalidade. (*Direito processual civil brasileiro*, p. 368). No mesmo sentido, Bernardo Pimentel Souza (*Introdução aos recursos...*, op. cit., p. 317.).

<sup>501</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. (*Curso de direito constitucional*, p. 1018).

<sup>502</sup> Para maiores informações sobre o tema, sugere-se a leitura da Dissertação de Mestrado de Damares Medina, apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP - e publicado em 2010 pela Editora Saraiva com o título *Amicus curiae: amigo da Corte ou amigo da parte?*

<sup>503</sup> Possibilidade que se viabilizou por força da emenda imprimida ao CPC pelo art. 29 da Lei federal 9.868/99.

edição do ato questionado, bastando, para tanto, simples requerimentos dos entes interessados e bem assim a observância aos prazos fixados nos respectivos regimentos internos dos Tribunais<sup>504</sup>.

Confira-se o comando legal referido:

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

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

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

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

Também os titulares do direito de propositura das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, tais os enumerados no art. 103 da Constituição Federal<sup>505</sup>, poderão se manifestar por escrito sobre a questão constitucional objeto de apreciação<sup>506</sup>, sendo ainda assegurada a juntada de documentos e a apresentação de memorial, tudo também em conformidade com os prazos e procedimentos estabelecidos pelo regimento interno de cada Tribunal<sup>507</sup>.

---

<sup>504</sup> Em conformidade com o contido no § 1º do art. 482 do Código de Processo Civil.

<sup>505</sup> Registre-se que a Emenda Constituição de nº 03/93, qual deu origem à lei 9.868/99 foi objeto de estudo nos Capítulos 1, itens 1.4.3.2 e 1.4.6, e 2, item 2.8.1, desta Dissertação.

<sup>506</sup> Novidade introduzida por alteração do CPC decorrente do art. 29 da Lei federal 9.868/99

<sup>507</sup> De acordo com o contido no § 1º do art. 482 do Código de Processo Civil.



Não restou vedada a participação de outros órgãos e entidades distintos dos referidos nos parágrafos anteriores. Assim é que, considerada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderão intervir no incidente de argüição de inconstitucionalidade outros órgãos ou entidades que manifestarem interesse no julgamento da causa. Aqui estão incluídas as entidades sindicais, as associações de classe, as associações de defesa do consumidor e tantas outras que entendam que a decisão a ser proferida naquele incidente seja capaz de afetar os seus interesses em outros processos ou situações ainda não judicIALIZADAS.

A decisão sobre a participação dessas entidades é de competência do relator do processo e não está sujeita a recurso, como se pode extrair da leitura do § 2º do art. 482 do Código de Processo Civil<sup>508</sup>.

Inevitavelmente, a investigação sobre saber o porquê da extensão da figura do *amicus curiae* à modalidade difusa de controle de constitucionalidade desembocará no entendimento abalizador de que o Direito brasileiro reformulou o dogma segundo o qual as decisões proferidas em sede de controle concreto de normas têm alcance unicamente entre aqueles que ocupam a posição de parte na relação de direito material.

Com efeito, quando um terceiro que não integra a relação processual pode aos autos comparecer e, mediante juntada de memorial, defender a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público, é porque se está a admitir, ainda que sorrateiramente, a possibilidade de extensão dos fundamentos determinantes da decisão que será naquele processo proferida a outros feitos que versem o mesmo tema.

De tudo o que foi exposto neste tópico e tendo em conta que a técnica desenvolvida no Código de Processo Civil é efetivamente a do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, seja

---

<sup>508</sup> A participação dessas entidades foi também possibilitada com as alterações impostas pelo art. 29 da Lei federal 9.868/99.

em ambiente difuso de controle de normas, seja em ambiente concentrado, certo é assentar que a firmação do *precedente* pelo pleno da Corte Maior, quer pela constitucionalidade, quer pela inconstitucionalidade<sup>509</sup> da norma sindicada, impõe aos demais tribunais judiciais brasileiros o dever de seguir aquele julgado, pena de reforma sumária, pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, da decisão que vier a contrariar tal *precedente*.

De outra visada, não há como deixar-se de reconhecer que, com a introdução do parágrafo único ao art. 481 do Código de Processo Civil, imposta pela lei nº 9.756/98, e bem assim com a adoção de regras para participação de terceiros no incidente de argüição de inconstitucionalidade, trazidas pela lei nº 9.868/90, o controle difuso de constitucionalidade no Brasil deu um largo salto rumo à adoção da técnica da prevalência do *precedente* como marco indiscutível da formação de um novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil.

#### **4.3.3. Recursos Extraordinários nos Juizados Especiais Federais = Precedentes Persuasivos**

A garimpagem das alterações legislativas voltadas para a fortificação dos *precedentes* do Supremo Tribunal Federal e para a formação de um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil não pode prescindir da análise do específico modelo de manejo de recursos extraordinários interpostos para impugnar decisões proferidas pelos juizados especiais federais, o qual está previsto nos §§ 4º a 10 do art. 14 e no art. 15 da lei 10.245/2001<sup>510</sup>.

Assume aqui particular interesse o fato de que foi nestes processos que o Supremo Tribunal Federal passou a aplicar a técnica de escolha de um ou de alguns recursos que tratassem a controvérsia

---

<sup>509</sup> Tenha-se que também a pronúncia de constitucionalidade, entendida essa como aquela que rejeitou a inconstitucionalidade suscitada incidentalmente, deva firmar-se como precedente a ser seguido pelos demais tribunais judiciais.

<sup>510</sup> A íntegra da lei 9.139, de 30.11.1995, publicada em 1.12.1995, com vigência postergada por 60 (sessenta) dias, contáveis da sua publicação, pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16.11.2010.

constitucional a ser decidida e, conseqüentemente, a adotar a prática de sobrestamento dos demais recursos extraordinários que versassem o mesmo tema constitucional eleito para ser decidido pela Corte Suprema.

As tratativas dessas novas técnicas compositivas de questões constitucionais ficaram assim desenhadas na lei 10.259/01:

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

§ 1º a 3º. *Omissis*

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça - STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

§ 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subseqüentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

§ 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança.

§ 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

§ 10. Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário.

Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento

O conjunto de regras que podem ser extraídas dos imperativos legais antes transcritos<sup>511</sup> conduzem à inevitável ilação de que o Supremo Tribunal Federal entrou, a partir da edição da referida lei e da regulamentação regimental da mesma<sup>512</sup>, na efetiva era de reconhecimento da força dos *precedentes* como forma de composição de conflito de interesses suportados em questões constitucionais.

O pilar normativo que sustenta essa maneira de pensar está estampado nos §§ 4º e 5º do art. 14 da lei antes transcrita, de cujas leituras pode-se extrair a regras segundo a qual, nas hipóteses nas quais a decisão recorrida confronte súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>513</sup>, pode a parte interessada provocar uniformização da decisão, restando ainda a ela (parte) a possibilidade de obter, ainda que de ofício, medida liminar tendente a suspender a tramitação de todos os demais processos que veiculem a mesma temática constitucional.

Merece também alusão neste momento o fato de o Supremo Tribunal Federal não ter ficado, a essa época, limitado às questões já decididas (súmulas e jurisprudências) pela Corte relativamente à aplicação dessa nova técnica compositiva de conflitos constitucionais, porquanto passou também a utilizar-se destes procedimentos em questões ainda não decididas pelo plenário da Casa, tal como se pode verificar pelo acórdão proferido no julgamento da medida cautelar nº 272/RJ<sup>514</sup> e no recurso extraordinário nº 519.394-2<sup>515</sup>.

---

<sup>511</sup> As tratativas respeitantes aos recursos extraordinários interpostos de decisões proferidas nos juizados especiais federais foram previstas no § 5º do art. 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

<sup>512</sup> Confira-se a Emenda Regimental do Supremo Tribunal Federal 12/03.

<sup>513</sup> Relembre-se que o art. 15 da lei 10.259/01 manda aplicar aos recursos extraordinários as regras previstas no art. 14 da mesma lei.

<sup>514</sup> 1. Recurso extraordinário. Concessão de efeito suspensivo. Extensão do provimento cautelar, de modo a suspender, na origem, a tramitação dos demais processos em que discutida a mesma questão constitucional. Prerrogativa decorrente do art. 321, § 5º, I, do RISTF. Confirmação pelo Plenário. Afastamento dos acordos judiciais firmados com base na

Como se verifica pela leitura dos imperativos legais aqui colacionados e também pelo exame dos acórdãos que foram citados, foi justamente tendo por base as experiências extraídas das decisões proferidas em recursos extraordinários oriundos dos juizados especiais federais que o Supremo Tribunal Federal passou a construir a atual sistemática de decisão hoje aplicada aos recursos cuja repercussão geral tenha sido reconhecida.

Também não se pode esquecer que essa nova forma compositiva de conflitos constitucionais trouxe embutida em suas decisões a técnica da transcendência dos fundamentos determinantes, visto que para decidir controvérsias constitucionais idênticas eram aplicadas a processos distintos as mesmas razões jurídicas que levaram à construção de uma decisão paradigma lançada em outro processo<sup>516</sup>.

#### **4.3.4. Remessa de Ofício: art. 475 do CPC = *Precedentes Obstativos***

É tradição no Direito Processual Civil brasileiro que as decisões proferidas em desfavor do poder público somente venham a ter eficácia quando confirmadas pelo Tribunal ao qual esteja sujeito o juiz sentenciante. Fala-se aqui da chamada remessa necessária, outrora conhecida como recurso de ofício, cujo nascimento remonta ao Código de Processo Civil de 1973<sup>517</sup>.

---

LC 110/2001. Matéria sumulada pelas Turmas Recursais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 2. Decisão cautelar referendada. (AC 272 MC/RJ, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 06.10.2004 e publicado no Diário de Justiça de 20.02.2005).

<sup>515</sup> EMENTA: Recurso Extraordinário. 2. Efeito suspensivo. 3. Decisão monocrática concessiva. Referendum do Plenário. 4. Existência de plausibilidade jurídica da pretensão e ocorrência do periculum in mora. 5. Cautelar, em questão de ordem, referendada. (RE 519394 QO/PBMC/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 28.02.2007 e publicado no Diário de Justiça de 20.04.2007).

<sup>516</sup> A técnica da transcendência dos fundamentos determinantes será abordada mais à frente em tópico específico.

<sup>517</sup> Sobre o Assunto escrevem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery: "Trata-se de condição de eficácia da sentença, que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal. Não é recuso por lhe faltar: tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo, características próprias dos recursos. Enquanto não examinada a sentença pelo tribunal, não haverá trânsito em julgado e conseqüentemente, será ela ineficaz". (*Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 687).

Eis a redação do citado imperativo de lei:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente<sup>518</sup>.

Afora o sempre presente debate sobre o benefício que o comando contido no art. 475 do Estatuto Processual Civil oferta à Fazenda Pública, com a determinação de suspensão da eficácia das decisões que lhes são contrárias até que as mesmas venham a ser confirmadas pelo respectivo Tribunal, o certo é que também esse comando normativo foi eleito pelo legislador infraconstitucional para funcionar como fortificador dos *precedentes* firmados no Supremo Tribunal Federal, emergindo precisamente daí o seu reconhecimento como um dos marcos de edificação de um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Com efeito, não fosse essa a intenção do legislador brasileiro, não teria ele dispensado da remessa necessária as condenações contrárias às Fazendas Públicas que veiculem temas que já tenham sido superadas pelo Supremo Tribunal Federal em seus debates. Sublinhe-se, ainda, neste particular, o fato de também essa alteração legislativa ter ocorrido após a promulgação da Constituição de 1988.

---

<sup>518</sup> O § 3º do art. 475 do Código de Processo Civil foi introduzida pela Lei federal nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001.

Atente-se para o fato de que, no § 2º do imperativo legal colacionado, o legislador infraconstitucional teve a preocupação de dispensar a remessa necessária nas hipóteses cujas condenações contra as Fazendas Públicas fossem de pequenos valores, vale dizer, inferiores a sessenta salários-mínimos. Esse fato, inegavelmente, comprova que o comando inscrito no § 3º do mesmo dispositivo de lei ultrapassa a pretensão de dar-se celeridade à prestação jurisdicional, rendendo-se mesmo ao propósito de emprestar maior ênfase aos *precedentes* firmados no Supremo Tribunal Federal.

Aceita a assertiva geral de que a regra é a suspensão temporária da eficácia das decisões contrárias às Fazendas Públicas e tomando-se em consideração a circunstância de que a exceção a essa vetusta prática tem por fundamento justamente a jurisprudência uniformizada na Corte Maior<sup>519</sup>, não há como ignorar o fato de que esse permissivo legal veio ao mundo jurídico pátrio tendo em mira o fortalecimento dos *precedentes* firmados no Supremo Tribunal Federal. E se assim é, não há também como negar a idéia de que o § 3º do art. 475 do Código de Processo Civil é um dos marcos inquestionáveis da construção de um novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil.

#### **4.3.5. Embargos à Execução: art. 741 do CPC = *Precedentes Persuasivos***

Outro marco fundamental da formação do novo cenário do controle difuso de normas no Brasil surgiu com a admissão, pelo legislador infraconstitucional, da possibilidade de evitar-se a execução de sentenças ou acórdãos já transitados em julgado quando a decisão de mérito nele proferida tenha sido construída a partir de lei ou ato normativo posteriormente considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal<sup>520</sup>.

---

<sup>519</sup> Ressalvadas as hipóteses de condenações ao pagamento de pequenos valores, tal como previsto no § 1º do artigo ora debatido.

<sup>520</sup> Vale esclarecer que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o tema versado no art. 741 do Código de Processo Civil e infraconstitucional. Assim o acórdão que segue: EMENTA: RE: inadmissibilidade: questão referente aos requisitos para o cabimento de embargos à execução (C. Pr. Civil, art. 741), de natureza infraconstitucional, insusceptível de reexame na via do extraordinário; alegada ofensa ao texto constitucional que, quando não fosse de cunho

A referência anterior leva ao parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, por via do qual passou a ser considerado inexigível o título executivo maculado por eventual inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo que lhe deu vida ou mesmo de interpretação divorciada da Constituição Federal<sup>521</sup>.

Também no pertinente a esse dispositivo do Código de Processo Civil, pode-se observar que as alterações foram a ele imprimidas após a promulgação da Constituição de 1988 e, uma vez mais, tiveram por objetivo fazer valer a força do *precedente* firmado pelo Supremo Tribunal Federal. O exame da evolução redacional desse comando legal não deixa dúvidas quanto a essa assertiva.

Inicialmente, o art. 741 do Código de Processo Civil não possuía parágrafo único, o qual veio a ser introduzido por meio da Medida

---

meramente processual, exigiria a verificação dos limites objetivos da coisa julgada, em termos que, no caso, a faria indireta ou reflexa. (AI 454422 AgR/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 18.11.2003 e publicado no Diário de Justiça do dia 05.12.2003). Sobre o tema, assim vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça: ADMINISTRATIVO. FGTS. EXPURGOS. SENTENÇA SUPOSTAMENTE INCONSTITUCIONAL.[...] TEMA JÁ JULGADO PELO REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO N. 8/08 DO STJ, QUE TRATAM DOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA [...]. O art. 741, parágrafo único, do CPC, atribuiu aos embargos à execução eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Por tratar-se de norma que excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, deve ser interpretada restritivamente, abarcando, tão somente, as sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideradas as que: (a) aplicaram norma declarada inconstitucional; (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional; ou (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional. 2. Em qualquer desses três casos, é necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso e independentemente de resolução do Senado, mediante: (a) declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto; ou (b) interpretação conforme a Constituição. 3. Por consequência, não estão abrangidas pelo art. 741, parágrafo único, do CPC as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação firmada no STF, tais como as que: (a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional, ainda que em controle concentrado; (b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; (c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; e (d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado. 4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à vigência do dispositivo. Recurso especial não provido. (STJ-1196268/ES, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 28.09.2010 e publicado no Diário de Justiça do dia 15.10.2010).

<sup>521</sup> Teori Albino Zavascki acentua que “pouco importa, para os fins previstos no art. 741, parágrafo único, do CPC, a época em que o precedente do Supremo Tribunal foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado da sentença exequenda. Distinção que a lei não estabelece” (*Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único, do CPC.*: Revista de Processo. São Paulo, nº 125, p. 79-91, jul. 2005).



Provisória nº 2.180-35/2001, a qual, transformada em Projeto de Lei de Conversão, resultou na Lei nº 11.232/2005<sup>522</sup>. Eis, naquilo que interessa para este trabalho, a redação, do imperativo legal:

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

II - inexigibilidade do título;

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal

Como se pode constatar pela atenta leitura do comando legal antes transcrito, a introdução do parágrafo único ao art. 741 do Código de Processo Civil, longe de pretender beneficiar à Fazenda Pública, buscou dar destaque à supremacia da Constituição Federal e, de outra parte, emprestar maior validade à interpretação constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, querendo isso significar, em outras palavras, valência da força do *precedente* firmado pela Corte Alta (STF)<sup>523</sup>.

Insuperável, portanto, a assertiva de que a possibilidade de ter-se por nulo o título judicial fundado em leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou ainda fundado em aplicação ou interpretação de leis ou atos normativos tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, é alteração legislativa que tem em mira fortalecer os *precedentes* firmados pela Corte

---

<sup>522</sup> A íntegra da lei 11.232 de 22.12.2005, publicada em 23.12.2005, com vigência foi postergada por 06 (seis) meses, contáveis da sua publicação, pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16.11.2010.

<sup>523</sup> Vale conferir, nesse sentido, o que sobre o assunto escreveu Eduardo Appio: “os embargos à execução [...] também foram considerados como um instrumento adequado para a rescisão de decisões passadas em julgado, podendo ser oposto o novo entendimento do Supremo Tribunal – com efeitos retroativos – em face do credor munido de título executivo garantido pela proteção da coisa julgada, sob o argumento de que a coisa julgada é sobrevalorizada por nossa doutrina, sendo que a supremacia da Constituição deveria ser garantida” (Controle de ..., op. cit., 36-36).

Maior e, mais que isso, um dos marcos indiscutíveis da formação do novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil.

#### 4.3.6. Ação Rescisória = *Precedentes Persuasivos*

Conquanto não tenha sofrido alterações em seu texto, o art. 485 do Código de Processo Civil veio a receber nova leitura após os avanços jurisprudenciais que passaram a encarar os *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal como elementos retratadores da supremacia da Constituição Federal<sup>524</sup>.

Cumprе ressaltar que a guinada jurisprudencial veio com a evolução da leitura que o Supremo Tribunal Federal passou a emprestar a sua súmula de nº 343<sup>525</sup>, qual enuncia que não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. De notar-se que, a partir do julgado proferido no recurso extraordinário nº 328812/AM<sup>526</sup>, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, passou a Corte a afastar a aplicação da referida súmula quando em jogo interpretação de matéria constitucional. Sábias as palavras lançadas pelo Ministro Gilmar Mendes naquela oportunidade, *verbis*:

Não vejo como não afastar a súmula 343 nestas hipóteses, como medida de instrumentalização da força normativa da Constituição. [...] a violação à literal disposição da lei obviamente contempla a violação às normas constitucionais, o que poderia ser classificada como uma violação “qualificada”. [...] Quando uma decisão dessa Corte fixa uma interpretação constitucional, entre outros aspectos está o Judiciário explicitando os conteúdos possíveis da ordem normativa infraconstitucional em face daquele parâmetro maior, que é a Constituição. [...] não é a mesma coisa vedar uma rescisória para rever

---

<sup>524</sup> A Supremacia da Constituição foi estudada no Capítulo 1, item 1.3, desta Dissertação.

<sup>525</sup> O texto original da súmula poderá ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.STf.JUS.br>>. Acesso em 29.11.2010.

<sup>526</sup> RE 328812 AgR/MA, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 10.12.2002 e publicado no Diário de Justiça do dia 11.04.2002. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.STf.JUS.br>>. Acesso em 29.11.2010.

uma interpretação razoável de lei ordinária que tenha sido formulada por um juiz em confronto com outras interpretações de outros juízes, e vedar a rescisória para rever uma interpretação da lei que é contrária àquela fixada pelo Supremo Tribunal Federal em questão constitucional. [...] Nesse ponto, penso que é fundamental lembrar que nas decisões proferidas por esta Corte temos um tipo especialíssimo de concretização da Carta Constitucional. E isto certamente não equivale à aplicação da legislação infraconstitucional.

Fincou-se, pois, neste instante, o entendimento segundo o qual a interpretação controvertida dos tribunais não poderia dizer com interpretação de norma em confronto com a Constituição Federal, visto que nesse tipo específico de interpretação (constitucional) a última palavra é dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim é que se passou a admitir ações rescisórias para rescindir sentenças que tenham sido proferidas em desacordo com a interpretação constitucional feita pelo Supremo Tribunal Federal. O substrato legislativo para tais ações foi o próprio inciso V do art. 485 da Lei federal antes citada, o qual abre via para o manejo de rescisória sempre que a sentença proferida violar expressa disposição de lei.

Com efeito, não há como se compreender que uma decisão que tenha sido construída com base em uma interpretação posteriormente negada pelo Supremo Tribunal Federal seja considerada como não-violadora literal de disposição de lei<sup>527</sup>. Mais que isso: não há como se admitir que uma decisão seja fundada em lei que ao depois tenha sido considerada inconstitucional pela Corte Maior do País<sup>528</sup>. O mesmo se diga quanto a uma lei

---

<sup>527</sup> EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. ADMINISTRATIVO. [...] Ação rescisória julgada procedente, para o fim precípuo de rescindir-se a decisão impugnada, com o conseqüente conhecimento e provimento do recurso extraordinário. (STF-AR 1409/SC Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 02.08.2007 e publicado no Diário de Justiça do dia 06.09.2007).

<sup>528</sup> AÇÃO RESCISÓRIA - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAÇÃO DISPOSITIVOS DE LEI - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - APLICAÇÃO DA MP 560/94 - DESCONTO DE 6% - PRECEDENTES DO STF - SÚMULA 343/STF AFASTADA - PROCEDÊNCIA. 01."Afasta-se a aplicação da Súmula 343, do STF, que preceitua não ser cabível a "ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais", quando a questão meritória possuir natureza constitucional." (Reg.Ac.292176). [...] 02.A Medida Provisória nº 560/94, que alterou a

que depois venha a ser considerada constitucional por essa mesma Casa Jurídica<sup>529</sup>.

Cumpra registrar, em homenagem à divergência, que Luiz Fux, em obra de sua autoria<sup>530</sup>, defende que somente a pronúncia de inconstitucionalidade levada a efeito em ambiente de controle concentrado deve ser tida como parâmetro para eventual acolhimento de ação rescisória com suporte no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil. São do Autor as seguintes letras:

Questão linderia à violação literal de lei é a que pertine à declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada, e que exsurge no prazo da propositura da ação rescisória. Tratando-se de controle concentrado e dispondo o Supremo Tribunal Federal no acórdão declaratório dos efeitos ex tunc da declaração, é imperioso o acolhimento do *iudicium rescindens*. Ao revés, se a declaração é oriunda de controle difuso, prestigia-se a coisa julgada e a segurança jurídica, interditando-se a ação rescisória sob os mesmos fundamentos da Súmula nº. 343, vale dizer: à época da decisão, o juízo não violou a lei, porquanto hígida no sistema jurídico.

Com as mais respeitadas homenagens devidas à construção jurídica antes declinada, tem-se que a nova interpretação que se vem emprestado ao inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil não pode

---

alíquota de contribuição previdenciária dos servidores públicos de 6% para o percentual variável de até 12%, é constitucional e aplicável aos servidores do Distrito Federal. 03. Constatada a existência de violação a literal disposição legal, o pedido rescisório deve ser acolhido, nos termos determinados pelo art. 485, V do CPC, denegando-se a segurança pleiteada.

04. Pedido julgado precedente. Unânime. (TJDFT-AR nº 20060020084682ARC, Relator ROMEU GONZAGA NEIVA, , julgado em 09/11/2010 e publicada no Diário de Justiça do dia 25/11/2010).

<sup>529</sup> AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC. FINSOCIAL. [...] 2. Preliminar de descabimento da ação por incidência da Súmula STF 343. Argumento rejeitado ante a jurisprudência desta Corte que elide a incidência da súmula quando envolvida discussão de matéria constitucional. 3. Este Supremo Tribunal, ao julgar o RE 187.436, rel. Min. Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade das majorações de alíquotas do Finsocial (art. 7º da Lei 7.787/89, art. 1º da Lei 7.894/89 e art. 1º da Lei 8.147/90) no que envolvidas empresas exclusivamente prestadoras de serviços. 4. Decisão rescindenda que destoa da orientação firmada nesse precedente, afrontando os arts. 195 da CF e 56 do ADCT, conforme a interpretação firmada no mesmo julgado. 5. Ação rescisória julgada precedente. (STF-AR 401436/GO, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 28.03.2009 e publicado no Diário de Justiça do dia 15.05.2009).

<sup>530</sup> (Curso de direito processual civil, volume I, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 850).

ser feita sem que se tome por empréstimo o comando que emana do parágrafo único do art. 741 do mesmo Código, em cuja redação o legislador não se preocupou em diferenciar os modelos de controle, deixando, assim, entrever, que, tanto a pronúncia de inconstitucionalidade feita em ambiente difuso, quanto aquela feita em ambiente concentrado, pode ser utilizada para provocar a inexigibilidade de títulos executivos judiciais<sup>531</sup>.

Ora, se o legislador não excluiu a pronúncia de inconstitucionalidade feita em ambiente difuso como decisão bastante a provocar a inexigibilidade de título executivo judicial, não cabe ao interprete fazê-lo, razão pela qual há que se refutar a interpretação jurídica que distinga, para fins de acolhimento da ação rescisória fundada em declaração de inconstitucionalidade oriunda do Supremo Tribunal Federal, a decisão operada em ambiente concentrado daquela feita em ambiente difuso<sup>532</sup>.

Certamente pelas razões antes declinadas foi que o próprio Supremo Tribunal Federal passou a admitir ações rescisórias para desconstituir acórdãos seus fundados em leis cuja constitucionalidade ou inconstitucionalidade fora, mais à diante, reconhecida<sup>533</sup>. Assim também vem

---

<sup>531</sup> Sobre o assunto, sugere a consulta a Artigo de autoria de Paulo Roberto Lyrio Pimenta ((Embargos à execução e decisão de *inconstitucionalidade* : relatividade da coisa julgada : CPC art. 741, parágrafo único : MP 2.180, . Revista Dialética de Direito Processual, n. 2, p. 99-107, maio 2003, p. 102).

<sup>532</sup> Nesse sentido a Emenda do acórdão que segue: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 485, V, DO CPC. AÇÃO RESCISÓRIA. DISCUSSÃO ACERCA DA LEGITIMIDADE DACOBREANÇA DE ISS SOBRE LOCAÇÃO DE BEM MÓVEL. COBRANÇA DECLARADA INCOMPATÍVEL COM A "LEI MAIOR", EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE (RE 116.121/SP, TRIBUNAL PLENO, REL. P/ ACÓRDÃO MIN. MARCO AURÉLIO, DJ DE 25.5.2001). CONTROVÉRSIA QUE ALCANÇA A EXEGESE DE NORMA CONSTITUCIONAL. AÇÃO RESCISÓRIA CABÍVEL, NA ESPÉCIE. AFASTAMENTO DO DISPOSTO NA SÚMULA 343/STF. PRECEDENTE: ERESP 608.122/RJ, 1ª SEÇÃO, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ DE 28.5.2007. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ-REsp/PR nº 6938/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, Julgado em 10.03.2008 e publicado no Diário de Justiça do dia 30.04.2008). Encontrável em <http://www.stj.jus.br>.

<sup>533</sup> AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC. FINSOCIAL. EMPRESA EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇOS. MAJORAÇÕES DE ALÍQUOTA DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS NO JULGAMENTO DO RE 150.764. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE AFIRMOU O ENQUADRAMENTO DA EMPRESA COMO EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇOS, MAS EXTIRPOU AS REFERIDAS MAJORAÇÕES COM BASE EM PRECEDENTE APLICÁVEL ÀS EMPRESAS COMERCIAIS E INDUSTRIAIS. ART. 56 DO ADCT. VIOLAÇÃO. 1. Preliminares de decadência por decurso do biênio legal e citação extemporânea. Afastamento diante de precedentes deste Tribunal. 2. Preliminar de descabimento da ação por incidência da Súmula STF 343. Argumento rejeitado

ocorrendo com os julgados proferidos pelos tribunais estaduais e federais que contrariem entendimento interpretativo-constitucional firmado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>534</sup>

O certo é que, das assertivas até aqui colocadas, pode-se extrair, com certo grau de clareza, que a nova interpretação que a jurisprudência passou a fazer do inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil também desempenhou papel importante e teve influência fundamental para a construção do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

#### 4.3.7. Súmula Vinculante = *Precedente Vinculante*

Na atual sistemática constitucional e processual existe a possibilidade de cobrir-se o *precedente* firmado pelo Supremo Tribunal Federal com o manto explícito da vinculação<sup>535</sup>. Tal situação se fará concretizada

---

ante a jurisprudência desta Corte que elide a incidência da súmula quando envolvida discussão de matéria constitucional. 3. Este Supremo Tribunal, ao julgar o RE 187.436, rel. Min. Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade das majorações de alíquotas do Finsocial (art. 7º da Lei 7.787/89, art. 1º da Lei 7.894/89 e art. 1º da Lei 8.147/90) no que envolvidas empresas exclusivamente prestadoras de serviços. 4. Decisão rescindenda que destoa da orientação firmada nesse precedente, afrontando os arts. 195 da CF e 56 do ADCT, conforme a interpretação firmada no mesmo julgado. 5. Ação rescisória julgada procedente. (STF-AR 1409/SC, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgada em 23.06.2009 e publicada no Diário de Justiça do dia 15.05.2009. Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 10.02.2011.

<sup>534</sup> AÇÃO RESCISÓRIA - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAÇÃO DISPOSITIVOS DE LEI - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - APLICAÇÃO DA MP 560/94 - DESCONTO DE 6% - PRECEDENTES DO STF - SÚMULA 343/STF AFASTADA - PROCEDÊNCIA. 01."Afasta-se a aplicação da Súmula 343, do STF, que preceitua não ser cabível a "ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais", quando a questão meritória possuir natureza constitucional." (Reg. Ac. 292176) 02.A Medida Provisória nº 560/94, que alterou a alíquota de contribuição previdenciária dos servidores públicos de 6% para o percentual variável de até 12%, é constitucional e aplicável aos servidores do Distrito Federal. 03.Constatada a existência de violação a literal disposição legal, o pedido rescisório deve ser acolhido, nos termos determinados pelo art. 485, V do CPC, denegando-se a segurança pleiteada. 04.Pedido julgado procedente. Unânime. (TJDFT-ACR nº 2000020084682, Relator Romeu Gonzaga Neiva, julgado em 09.11.2010 e publicado no Diário de Justiça do dia 25.11.2010).

<sup>535</sup> Registre-se que ao longo desse Capítulo vem-se defendendo que existe vinculação não explícita, vale dizer: aquela que decorrer da aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil, dentre os quais o § 1º do art. 481 do Código de Processo Civil e aqueles postos na cabeça do art. 557, e no seu § 1º-A, do mesmo diploma legal, os quais foram enfrentados nos itens 4.2.1 e 4.2.2 desta Capítulo.

sempre que a Corte Suprema, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir da sua publicação na imprensa oficial<sup>536</sup>, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta. Aqui a referência é feita a já aludida súmula vinculante, instituto jurídico introduzido no Direito brasileiro com a Emenda Constitucional nº 45/04<sup>537</sup>.

Não cabe aqui fazer-se uma evolução histórico-comparativa ou histórico-legislativa relativa à súmula vinculante, vez que este instituto é novato no ordenamento jurídico brasileiro. A única referência histórica que cabe aludir quanto a esse inusitado instrumento jurídico é a de que ele tem origem no Direito português, mas precisamente em seus assentos, haurindo ainda substrato no Direito norte-americano, mas especificamente no *stare decisis*<sup>538</sup>.

---

<sup>536</sup> Eduardo Appio entende que as súmulas vinculantes têm natureza legislativa, registrando, para tanto o que as mesmas “produzem efeitos *ex nunc*, pois refletem Direito novo (nova regra) e são aprovadas com quórum qualificado [...]”. Mais adiante assinala que “o dispositivo constitucional menciona, de forma categórica, que as súmulas somente passarão a ter efeitos vinculantes a partir de sua publicação. É o reconhecimento, pelo constituinte derivado, da natureza essencialmente legislativa da edição de súmulas vinculantes pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro [...] (*controle de ...*, op. cit., p. 83). Diferentemente de Eduardo Appio, Jorge Amaury Maia Nunes tem-na como fruto do exercício do poder político, assim ferindo o tema: “É disto que efetivamente se trata: a atividade do Supremo Tribunal Federal de que resulta a edição de súmulas vinculantes para os demais órgão do Poder Judiciário e para a Administração Pública não se restringe aos esquemas preconcebidos que reduzem os atos do Estado, com expressão do poder político, a atos legislativos, administrativos ou judiciais. A súmula vinculante não cabe nessa classificação, sendo necessário entendê-la simplesmente como um ato político, fruto do exercício do poder político na sua vertente institucional [...] (*Segurança jurídica e ...*, op. cit., 138).

<sup>537</sup> Sobre o assunto Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonete Branco assim se manifestam: “A súmula vinculante somente será eficaz para reduzir a crise do Supremo Tribunal Federal e das instâncias ordinárias se puder ser adotada em tempo social e politicamente adequado. Em outras palavras, não pode haver um espaço muito largo entre o surgimento da controvérsia com a ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante. Do contrário, a súmula vinculante perderá o seu conteúdo pedagógico-institucional, não cumprindo a função de orientação de instâncias ordinárias e da Administração Pública em geral. Nesse caso, sua eficácia ficará restrita aos processos ainda em tramitação”. (*Curso de direito ...*, op. cit., p. 916).

<sup>538</sup> Maiores detalhes sobre a origem da súmula vinculante podem ser encontrados nas palavras escritas por Jorge Amaury Maia Nunes (*Segurança jurídica e ...*, op. cit., p.p.67-128). No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonete Branco (*Curso de direito ...*, op. cit., p.p. 914-919).

Advirta-se que o instituto da súmula vinculante foi regulado pela Lei federal nº 11.417/2006, via da qual restaram demarcados todos os passos necessários para se chegar a um texto emanado do Supremo Tribunal Federal que tenha força vinculativa. Nesta lei estão, pois, colocados os meios através dos quais se poderá dar início ao procedimento, quais são os seus legitimados ativos, o que deve ser visto como 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, sobre a validade, sobre a interpretação e sobre a eficácia de normas determinadas e finalmente o descumprimento das súmulas<sup>539</sup>.

É certo que a súmula vinculante não importa decisão eterna, porquanto restou ressalvado pela Emenda Constitucional nº 45/04 a possibilidade de alteração dos seus termos ou mesmo de sua revogação em face de mudanças das condições fáticas<sup>540</sup> que levaram à sua edição<sup>541</sup>. Todavia, tendo em linha de consideração o fato de que dita súmula tem por suporte justamente a interpretação e a eficácia de normas acerca das quais pende controvérsia entre órgãos do judiciário ou entre esses e a administração pública, controvérsias essas capazes de gerar grande insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre um mesmo tema, razoável supor-se que a pretensão do legislador ao editar o predito comando constitucional outra não foi senão a de destacar a importância do *precedente*, criar algo como um *stare decisis* à brasileira e, assim, evitar que os tribunais inferiores mantivessem a recalcitrância em observar os *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal<sup>542</sup>.

---

<sup>539</sup> Para maiores esclarecimento sobre todas essas etapas de construção da súmula vinculante, vale consultar o que escreveu Jorge Amaury Maia Nunes (*Segurança jurídica e ...*, op. cit., p.p. 156-164).

<sup>540</sup> Registre-se que o instituto da mutação constitucional foi estudado no Capítulo 1, item 1.2.2.1, desta Dissertação.

<sup>541</sup> Nunca é demais lembrar que para se mudar o conteúdo de uma súmula ou mesmo revogá-las dever-se-á seguir as técnicas pertinentes às modificações ou superações de *precedentes* estadunidenses, ou seja: aplicar-se *distinguishing* e o *overruling*, tal como o tema foi analisado no Capítulo 3, desta Dissertação, itens 3.2.5 e 3.2.6.

<sup>542</sup> Caem aqui como uma luva as observações lançadas por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco no sentido de que a “súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, como foi visto, decorre de decisões tomadas, em princípio, em casos concretos, no modelo incidental, no qual também existe, não raras vezes, reclamo por solução geral. Ela só pode ser editada depois de decisão de Plenário do Suprem



Em reforço da tese de que a súmula vinculante é um instrumento de fortalecimento dos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se a possibilidade de manejo de reclamação para a Corte Maior sempre que a edição de um ato administrativo ou a prolação de uma decisão judicial venha(m) a contrariar a súmula aplicável à hipótese, situação na qual a Corte Maior poderá anular o ato ou cassar a decisão judicial. O instituto da reclamação funciona aqui como um meio impugnativo mais célere, capaz mesmo de possibilitar uma decisão rápida sobre o tema, sem a necessidade de aguardar-se o trâmite lento de um recurso ou mesmo de vários recursos.

A propósito, impende registrar que o legislador ordinário estabeleceu regras para o administrador lidar com as súmulas vinculantes. A primeira delas está estampada no § 3º do art. 56 da Lei federal 9.784/99<sup>543</sup>, o qual estabelece que se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula. A segunda regra está no art. 64-A da Lei federal antes declinada<sup>544</sup> e estabelece que se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula. A terceira regra, que, assim como as outras duas, foi introduzida por meio da Lei federal 11.417/2006<sup>545</sup>, consta do art. 64-B do mesmo diploma legal<sup>546</sup> e estabelece sanções para o

---

Tribunal Federal ou de decisões repetidas das Turmas. [...] Esses requisitos acabam por definir o próprio conteúdo das súmulas vinculantes. Em regra, elas serão formuladas a partir das questões processuais de massa ou homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização". (*Curso de direito ...*, op. cit., p. 916).

<sup>543</sup> § 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 11.417, de 2006). integra da lei nº 9.784/99 pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.11.2010

<sup>544</sup> Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 11.417, de 2006).

<sup>545</sup> A integra da lei 11.417/2006 pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.11.2010.

<sup>546</sup> Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão

administrador em caso de recalcitrância, certo que o legislador ordinário deixou claro que, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação a enunciado de súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, os quais deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal<sup>547</sup>.

Como se vê, no campo administrativo, o descumprimento da súmula por mais de uma vez poderá gerar para o administrador responsabilização nas esferas cível, administrativa e até criminal, fato esse que vem ainda mais destacar a força que os *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal assumiram neste novo cenário do controle difuso de normas no Brasil.

No campo judicial, contudo, não foi prevista pelo legislador punição aos juízes ou aos membros dos tribunais que insistirem em negar aplicabilidade às súmulas vinculantes. Reservou-se, nestas hipóteses, assim como na esfera administrativa, a via da reclamação para o Supremo Tribunal Federal. É de se cogitar, todavia, dada a praticidade que se pretende alcançar com esse instituto, e tendo ainda em linha de consideração a supremacia da Constituição Federal, a instauração de procedimento junto ao Conselho Nacional de Justiça, sempre que um juiz ou os membros de um Tribunal, após o acolhimento da primeira reclamação, voltarem a não dar cumprimento à

---

competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal. (Incluído pela Lei nº 11.417, de 2006).

<sup>547</sup> Jorge Amaury Maia Nunes refere-se a crime de hermenêutica ao comentar o precitado comando legal: “O art. 64-B, [...] estabeleceu que o não acatamento das súmulas poderá implicar, para o administrador desidioso, a responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal. [...] Retoma-se, aqui, a questão do cometimento do chamado crime de hermenêutica, numa nova versão. Ora, não se crê que ocorra frontal desobediência por parte do administrador público aos ditames da súmula, O que poderá ocorrer, isso sim, é a adoção da técnica do *distinguishing*, já antes referida,” (*Segurança jurídica e ...*, op. cit., p. 163)

súmula vinculante, cabendo a esse Conselho decidir a medida corretiva a ser aplicada<sup>548</sup>.

Resulta de todo oportuno, neste momento, fixar que o elenco de legitimados a inaugurar o processo de súmula vinculante e bem assim a participação de terceiros neste procedimento<sup>549</sup> têm por fim justamente ofertar àquele que demonstre interesse em participar do debate da causa, qual poderá vir a ser sumulada, o regular exercício do direito de defesa de sua tese, o que faz com que a participação desse terceiro interessado não se dê necessariamente como um amigo da Corte, mas sim como um defensor da supremacia da Constituição, na precisa definição que é ofertada por Konrad Hesse<sup>550</sup>.

É, pois, a súmula vinculante, indubitavelmente, um dos mais importantes instrumentos do direito processual civil e constitucional<sup>551</sup> a revelar a tendência do Supremo Tribunal Federal em adotar a fórmula do precedente vinculativo (*stare decisis*) à brasileira. Mais que isso, a abertura da via estreita da reclamação para fazer valer a força vinculante dos *precedentes* assentados no Supremo Tribunal Federal é, sem sombra de dúvidas, indicativo insuperável de que este instrumento processual exerceu e vem exercendo

---

<sup>548</sup> Nunca é demais rememorar que o Conselho Nacional de Justiça atuou no caso da súmula vinculante respeitante ao nepotismo, vale dizer súmula vinculante nº 13, quando determinou a sua observância por parte dos demais tribunais brasileiros..

<sup>549</sup> Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. § 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo. § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

<sup>550</sup> Sobre supremacia da constituição e a sua força normativa, indispensável se faz relembrar que Konrad Hesse manifesta entendimento segundo o qual, muito embora os fatos históricos, sociais e políticos sejam vistos como molas propulsoras da força normativa da Constituição, essa supremacia, essa força da constituição, somente se concretiza quando presente na consciência geral a vontade de Constituição. (A força normativa da Constituição p. 19).

<sup>551</sup> Admite-se a existência de uma disciplina com esse título.

papel de significativa relevância na formação do novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

#### 4.3.8. Repercussão Geral = *Precedentes Persuasivos*

A Emenda Constitucional nº 45/04 introduziu no art. 102 da Constituição Federal o § 3º, qual trouxe para o mundo jurídico pátrio o instituto da repercussão geral. Referido comando constitucional estabeleceu caber ao recorrente demonstrar, quando da interposição do recurso extraordinário, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros<sup>552</sup>.

Assim como dito quanto à súmula vinculante, não cabe aqui fazer-se uma detalhada evolução histórico-comparativa ou histórico-legislativa relativa à repercussão geral, vez que este instituto é também novato no ordenamento jurídico brasileiro. A única referência histórico-comparativa que cabe aludir quanto a esse inusitado instrumento jurídico é a de que ele tem similitude com o *writ of certiorari* do Direito estadunidense. Quanto à evolução histórico-legislativa, há que se ter lembrança da argüição de relevância no recurso extraordinário e do requisito da transcendência no recurso de revista, com a ressalva de que tais instrumentos processuais eram bem distintos do atual desenho que se emprestou à repercussão geral<sup>553</sup>.

Advirta-se, contudo, que não há como compreender-se a repercussão geral como um simples meio de restrição de acesso ao Supremo

---

<sup>552</sup> Para quem quer se aprofundar no tema, indica-se a leitura da Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – por Ulisses Schwarz Viana, e publicada em 2010 pela editora Saraiva com o título *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*.

<sup>553</sup> Esses assuntos foram detalhadamente enfrentados por Ulisses Schwarz Viana, o qual anotou: Extrai-se, entretanto, do estudo a percepção de que os modelos de controle norte-americano, alemão e espanhol se ocuparam em estabelecer institutos processuais – em suas peculiaridades – com a função de “filtro” procedimental restritivo do acesso generalizado e irrestrito a suas cortes constitucionais; como meio de preservar a operacionalidade e a “dignidade material” destas organizações. Neste particular, a repercussão geral surgiu ante a necessidade de um “filtro recursal” para preservar a operacionalidade decisória do Supremo Tribunal Federal, e nisso se assemelha com o *writ of certiorari*, a *Verfassungsbeschwerde* e o *recurso de amparo*. (*Repercussão geral ...*, op. cit., p.p. 04-10 e 34 a 500).

Tribunal Federal na via do recurso extraordinário, porquanto tal leitura diminui a importância do instituto, na medida em que o trata como algo divorciado da teoria dos *precedentes*, o que não deve nem pode ser feito. Longe de negar a importância que a repercussão geral teve na redução do número de recursos extraordinários e agravos de instrumento que hoje chegam ao Supremo Tribunal Federal<sup>554</sup>, convém aduzir que a grande missão que está reservada a esse instituto efetivamente não é a de diminuir ou reprimir o número desses recursos, mas sim a de fazer valer a força dos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal e, para além disso, a de contribuir para a edificação de um novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil.

Certo mesmo é que, pautado na relevância que tem a repercussão geral neste novo cenário do controle difuso de normas no Brasil e visando dar eficácia ao preceito constitucional antes declinado, qual, para tanto, reclamava regulamentação, é que foi editada a Lei federal nº 11.418/06, de cujo teor resultou o acréscimo dos arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil brasileiro. Assim é que restou estabelecido que, após sessenta dias da publicação da precitada lei<sup>555</sup>, o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conheceria do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não oferecesse repercussão geral<sup>556</sup>, a qual deveria ser oportunamente demonstrada mediante preliminar específica<sup>557</sup>.

A compreensão do que deveria ser reputado como repercussão geral foi firmada por dispositivo legal da Lei federal antes aludida (11.418/06), a qual, no § 1º do seu art. 1º, cunhou que, para efeito da dita repercussão, seria considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa<sup>558</sup>, tendo o legislador infraconstitucional reconhecido de antemão a existência dessa repercussão sempre que o recurso

---

<sup>554</sup> A redução do número de processos pode ser constatada pela consulta a gráficos disponibilizados no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.STf.JUS.br>>. Acesso em 24.11.2010.

<sup>555</sup> A lei 11.418/06 pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.09.2010.

<sup>556</sup> Confira-se o art. 1º da precitada lei.

<sup>557</sup> Assim estabelece o § 2º do art. 1º da lei 11.418/06.

<sup>558</sup> Confira a redação original do imperativo legal citado.

se voltar contra decisão que viole súmula ou jurisprudência dominante daquela Corte Superior<sup>559</sup>.

Eis, aqui, portanto, a forma através da qual o legislador brasileiro regulamentou a repercussão geral, instituto jurídico esse que pode ser classificado como um claro meio de prevailecimento dos *precedentes* que forem firmados pelo Supremo Tribunal Federal e como instrumento de alta relevância na construção do novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil.

Sem a intenção de pretender manifestar oposição ou crítica àqueles que vislumbram esse novo instrumento processual tão somente como um limitador de acesso ao Supremo Tribunal Federal, o certo é que a aplicação da repercussão geral terá direta influência nos incidentes de arguição de inconstitucionalidade exercitáveis pelos demais tribunais judiciais brasileiros, à vista de que poucas serão as demandas que comportarão admissão de recurso extraordinário. Isso porque, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal decidir pela inexistência de repercussão geral em um determinado caso, caberá aos demais tribunais a última palavra sobre eventual questão de inconstitucionalidade relacionada com aquela matéria, qual, por força do contido no § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil, não mais será julgada pela Corte Maior, ressalvada a ocorrência de possível mudança de entendimento. De outro lado, na hipótese de reconhecimento de repercussão geral por parte do Supremo Tribunal Federal, o caminho processual a ser percorrido é um pouco distinto daquele experimentado quando da negativa. A consequência em relação à função a ser desempenhada pelos Tribunais de origem, contudo, é a mesma, qual seja: transfere-se a esses a responsabilidade para, em grau último, apreciarem a inconstitucionalidade já examinada pelo Supremo Tribunal Federal, ressalvada a hipótese de o Tribunal decidir de forma contrária ao que posto no paradigma da Corte Suprema.

---

<sup>559</sup> Esta a orientação normativa que se colhe do § 3º do art. 1º da lei 11.418/2006.

O novo desenho procedimental imposto pela Lei federal nº 11.418/06, constitui, portanto, um dos pilares sobre os quais se ergue a indisfarçável intenção do legislador infraconstitucional em moldar um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Os conteúdos volitivos dos comandos processuais que se espraiem da precitada lei não deixam dúvidas quanto a presente assertiva, porquanto, inegavelmente, tais dispositivos legais vedam o acesso ao Supremo Tribunal Federal quando já firmado *precedente* em ambiente de sindicância difusa de normas.

E é certamente essa a pretensão que se busca alcançar com a orientação normativa que determina o sobrestamento de todos os recursos que versam uma mesma controvérsia até que ocorra o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre aquele específico tema<sup>560</sup>. Em reforço do raciocínio até aqui desenvolvido, tem-se ainda a dicção do § 2º do imperativo legal antes declinado (543-B), do qual se pode extrair que, negada a existência de repercussão geral, os recursos até então sobrestados serão automaticamente não admitidos<sup>561</sup>.

Por outra visada, em sendo reconhecida a repercussão geral e ocorrendo o julgamento do mérito do recurso extraordinário paradigma, deverão ser retomadas pelos respectivos tribunais as apreciações dos recursos que tenham sido sobrestados, estando o competente colegiado livre para declará-los prejudicados, retratar-se quanto à decisão anteriormente adotada ou manter a decisão antes proferida, ainda que seja essa contrária ao entendimento firmado no julgamento do caso paradigma<sup>562</sup>. Vê-se aqui, de forma explícita e inquestionável, a importante função que foi reservada aos demais tribunais brasileiros na consolidação da teoria dos *precedentes* como mola propulsora do novo cenário do controle difuso de normas no Brasil.

Sublinhe-se ainda, por oportuno, que, entendendo o Presidente do Tribunal recorrido por autorizar a caminhada do recurso

---

<sup>560</sup> Confira-se a redação da cabeça e do § 1º do art. 543-B.

<sup>561</sup> Vale consultar a redação original da norma.

<sup>562</sup> Nesse sentido o § 3º do art. 543-B do CPC.

extraordinário, ainda que o acórdão nele impugnado vá de encontro ao *precedente* firmado no julgamento do caso paradigma, poderá o relator do feito no Supremo Tribunal Federal, valendo-se do comando contido no art. 557 do Código de Processo Civil, cassar ou reformar, liminarmente, esta decisão, evitando, desse modo, nova apreciação do tema naquela Casa<sup>563</sup>.

A pormenorizada descrição dos imperativos legais que versam sobre o instituto da repercussão geral revela que, ao abraçar essa nova técnica de prevalência dos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal, o legislador infraconstitucional fez uma clara opção pela adoção do chamado caso paradigma ou *leading case* à brasileira, daí resultando a importância que a repercussão tem na formação do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

#### 4.4. Conclusões

As pesquisas realizadas neste Capítulo fizeram emergir o entendimento no sentido de que cada um dos institutos aqui estudados pode ser enquadrado na teoria dos *precedentes*, tal como foi a mesma estudada no Capítulo 3. De notar-se que aquilo que no Brasil se conhece como súmula impeditiva de recursos, em verdade, quando observada a partir da lente da teoria dos *precedentes*, deve ser compreendida como *precedente* obstativo de recursos, valendo aqui reavivar que as súmulas são o resultado da cristalização dos *precedentes*. Rememore-se, ainda, que os *precedentes* obstativos também atingem à remessa oficial e, indiretamente, às petições iniciais.

Ficou evidente também que, além da súmula vinculante editada à luz do art. 103-A da Constituição Federal, também a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso de constitucionalidade tem efeito vinculante, tendo em linha de consideração aquilo que contido no parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil.

---

<sup>563</sup> Assim o § 4º do art. 543-B do CPC.



Vinculantes também, à sombra do mesmo imperativo legal antes declinado, serão as decisões proferidas em incidentes de argüição de inconstitucionalidade pelos demais tribunais infraconstitucionais relativamente aos órgãos que estejam, respectivamente, a eles (tribunais) hierarquicamente subordinados.

Outra constatação que sobressaiu dos estudos realizados nesta fase da Dissertação é a de que os *precedentes* persuasivos, conquanto não impeçam o tramite de peças processuais, são capazes de operar modificações de decisões já proferidas, algumas das quais já transitadas em julgado, situações tais que emprestam a esse tipo de *precedente* missão tão importante quanto a dos *precedentes* obstativos ou mesmo vinculantes.

Sem embargo, o que se deve reter de tudo o quanto lançado neste Capítulo é a assertiva segundo a qual grande parte das modificações constitucionais e infraconstitucionais promovidas no Processo Civil brasileiro, especialmente aquelas que se operaram após a promulgação da Constituição de 1988, tiveram por objetivo edificar um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil, edificação essa que teve como um de seus pilares justamente o fortalecimento dos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle incidental de normas.

## Capítulo 5

### Obsolescência da Atuação do Senado Federal na Fiscalização de Constitucionalidade: Controle Difuso como Controle de Sentenças e Atos Normativos

#### 5.1. Considerações Preliminares

A adoção da teoria dos *precedentes* pelo Supremo Tribunal Federal<sup>564</sup>, bem como as novas técnicas de decisões abraçadas por essa Corte Maior<sup>565</sup>, estão a demonstrar que a missão reservada ao Senado Federal no Controle difuso de normas vem sofrendo gradativamente um processo de abandono semântico, vale dizer: de obsolescência<sup>566</sup> da sua importância<sup>567</sup>.

Outro ponto decisivo para que se passasse a reapreciar a importância histórica que a participação do Senado tem no controle de constitucionalidade<sup>568</sup> no Brasil é o fato de que, estatisticamente falando, o controle difuso de normas, salvo raras exceções, funciona mais como um controle de sentenças e atos normativos incorretos que propriamente como um controle de compatibilidade vertical de normas com a Constituição Federal, querendo isso significar que o Supremo Tribunal Federal, na atualidade, especialmente no campo do recurso extraordinário, acaba atuando mais como órgão que corrige interpretações equivocadas da Constituição Federal feitas

---

<sup>564</sup> Esses fatos foram comprovados pelo que posto nos Capítulos 4 e 5 desta Dissertação.

<sup>565</sup> Assim a interpretação conforme à constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, conceitos que foram estudados no Capítulo 1 desta Dissertação.

<sup>566</sup> A expressão foi tomada por empréstimo de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, quais, certa feita, escreveram que “a exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência.” (*Curso de direito ...*, op. cit., 1029).

<sup>567</sup> Aqui reside, vale relembrar, a segunda hipótese do problema pesquisado.

<sup>568</sup> O Capítulo 2 desta Dissertação mostra a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, podendo a sua atenta leitura justificar o porquê de ter sido o Senado Federal chamado a participar do controle de constitucionalidade de normas.

pelos demais tribunais brasileiros<sup>569</sup> que propriamente como uma Corte que declara a incompatibilidade vertical de leis e atos normativos com a Constituição Federal.

A perda de relevância jurídica e de eficácia social da competência reservada ao Senado Federal no inciso X do art. 52 da Constituição Federal é ainda revelada pela diversificação dos legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade. A ampliação dos meios de acesso ao Supremo Tribunal Federal com a criação do mandado de injunção e da ação de descumprimento de preceito fundamental, dentre outras, também exerceram fortes influências na perda de relevância da missão reservada ao Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Advirta-se, por oportuno, que para o desenvolvimento do presente Capítulo necessariamente haverá que ser feitas referências a conceitos e instrumentos processuais enfrentados ao longo dos Capítulos anteriores, especialmente alguns institutos do direito processual civil estudados no Capítulo 4.

É bem de ver, pois, que a pretensão do presente Capítulo, além de comprovar que, estatisticamente, o Supremo Tribunal Federal, na fiscalização difusa de normas, vem atuando mais como órgão de controle de sentenças e atos normativos equivocados que propriamente como uma Corte que declara a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, é precisamente a de demonstrar como, gradativamente, o comando contido no art. 52, inciso X, da Constituição Federal está perdendo importância, tornando obsoleto, e, para além disso, esclarecer como essa obsolescência contribui para a formação do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

---

<sup>569</sup> Esta, repita-se, a terceira hipótese para a resolução do problema pesquisado.

## 5.2. Origem da Competência Reservada ao Senado Federal no Controle Difuso

A origem da participação do Senado Federal no Controle difuso de normas, conquanto tenha sido a referida competência constitucionalizada na Carta Política de 1934<sup>570</sup>, remonta à Constituição Imperial e ao surgimento do próprio controle de normas no ordenamento jurídico brasileiro<sup>571</sup>. Relembre-se que no Capítulo 2 desta Dissertação foi destacado que o florescer do controle de normas no Brasil foi altamente influenciado pelas escolas francesa e inglesa do Direito, para as quais não competiria ao Poder Judiciário dizer sobre a validade ou a invalidade de uma determinada lei, sendo que essa missão estava reservada tão somente ao Poder Legislativo.

Veja-se, portanto, que na Carta Política de 1824, o controle de constitucionalidade operava-se unicamente pelo método preventivo, vedado que era, por prevalência dos ensinamentos vindos da França e da Inglaterra, a adoção do método repressivo, tal como hoje existente<sup>572</sup>.

Com a Constituição de 1891, agora sob forte influência do Direito estadunidense, o Brasil passa a admitir o controle de constitucionalidade de método repressivo<sup>573</sup>, cabendo aqui lembrar que a primeira manifestação sobre esse método de controle de normas foi introduzida no nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 848/1890<sup>574</sup>.

Conquanto a essa época tenha-se admitido a intervenção do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade de normas, não há como negar que, neste momento, ainda pairavam resistências das correntes doutrinárias que faziam coro aos ensinamentos das escolas francesa e inglesa

---

<sup>570</sup> O tema foi tratado no item 2.4 desta Dissertação.

<sup>571</sup> Essa é uma das razões pelas quais foi destacado um Capítulo para trabalhar o histórico do controle de constitucionalidade no Brasil.

<sup>572</sup> A leitura do item 2.3 do Capítulo 2 desta Dissertação complementa o que agora se afirma.

<sup>573</sup> Os métodos e modelos de controle de constitucionalidade foram estudados no Capítulo 1, item 1.5, desta Dissertação.

<sup>574</sup> Confira-se, com maiores detalhes, o item 2.4 do Capítulo 2 desta Dissertação.

do Direito, as quais, vale repetir, de forma diametralmente oposta às linhas que demarcavam a escola de Direito norte-americana<sup>575</sup>, repudiavam a participação de outro Poder que não o Legislativo na fiscalização das normas por ele editadas.

É com a Constituição Republicana de 1934 que surge a competência do Senado Federal para atuar no controle difuso de normas. Registre-se que é também neste texto constitucional que a regra da reserva de plenário foi elevada ao patamar constitucional. Ainda nesta Carta política surgem o mandado de segurança e a ação popular.<sup>576</sup>

Eis a redação original dos imperativos constitucionais que deram corpo a intervenção do Senado Federal no controle difuso de normas:

Art 91 - Compete ao Senado Federal: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

Especificamente no que se refere à nova competência reservada ao Senado Federal, é de bom alvitre assinalar que dita atribuição veio, uma vez mais, demonstrar que o Direito Constitucional pátrio, àquele tempo, ainda estava a sofrer marcantes influências das escolas do constitucionalismo inglês e francês. E é justamente dentro dessa moldura fática que surge a especialíssima competência do Senado Federal.

---

<sup>575</sup> *Ibidem*

<sup>576</sup> Estudo minucioso deste período constitucional consta do Capítulo 2 desta Dissertação, item 2.5.

Quadra evidenciar que, na origem, a competência para o Senado Federal atuar no controle difuso de normas, emprestando eficácia *erga omnes* às decisões sobre inconstitucionalidade prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>577</sup>, veio ao ordenamento jurídico pátrio com a específica missão de funcionar como uma espécie de limitador (controle do controle) da competência<sup>578</sup> de fiscalização de constitucionalidade de método repressivo exercida pelo Poder Judiciário<sup>579</sup>, e não, necessariamente, para limitar o alcance, os efeitos mesmos das decisões proferidas pela Corte Maior.

Como se vê, porque se vivia, àquela época, um período de transição entre os ensinamentos das escolas inglesa e francesa do Direito e as novidades da escola estadunidense, o equilíbrio entre os Poderes passou a se concretizar mediante temperamentos entre as três escolas de Direito, sendo essa, verdadeiramente, a razão pela qual a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, para ser estendida às demais causas similares, ficou subordinada à prévia pronúncia do Senado Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República<sup>580</sup>.

A Constituição Federal de 1937 aboliu a participação do Senado Federal no Controle difuso de constitucionalidade, fazendo-o com amparo em uma questão de pura lógica. É que neste período do Direito Constitucional brasileiro era dado ao Poder Executivo reapresentar ao Congresso Nacional a norma tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, fato que dispensava a intervenção solitária do Senado Federal, porque se o Congresso Nacional confirmasse a decisão da Corte Maior, essa decisão já nasceria com a eficácia *erga omnes*<sup>581</sup>.

A competência do Senado Federal para intervir no controle de constitucionalidade difuso, emprestando eficácia geral à decisão do

---

<sup>577</sup> Anote-se que, nesta época, não se falava em controle abstrato, até porque a ação interventiva tinha objeto concreto e partes bem definidas, tal como afirmado no capítulo 2, item 2.6.2, desta Dissertação.

<sup>578</sup> Note-se que na redação da Carta Política de 1946 não se falou em decisão definitiva, mas tão somente "declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal"

<sup>579</sup> *Ibidem*

<sup>580</sup> Clèmerson Merlin Clève, (*Fiscalização abstrata de ... op. cit...*, p. 67).

<sup>581</sup> Confira-se item 2.6 do Capítulo 2 desta Dissertação para maiores detalhes.

Supremo Tribunal Federal, foi ressuscitada na Constituição de 1946. É também nesta Carta Política que se restabelecem<sup>582</sup> algumas das garantias então surrupiadas pelo regime getulista, como o mandado de segurança, a ação popular e - por que não dizer - o real direito de o Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos<sup>583</sup>.

Importante que se deixe assentado que na Constituição Federal de 1946 o instituto da *reapresentação*<sup>584</sup> foi extinto, modo pelo qual se tornou justificável, ainda à luz das escolas francesa e inglesa do Direito, a participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

Na Carta Política de 1946, o comando constitucional que autorizava a intervenção do Senado Federal no controle difuso de normas ficou assim redigido<sup>585</sup>:

Art 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

O registro que deve ser feito quanto à nova redação do comando constitucional que permitia a intervenção do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade na Constituição de 1946 é o de que o mesmo só aludiu à lei e ao decreto, não mais fazendo referência a ato, deliberação ou regulamento. A redação, portanto, tornou-se mais enxuta, conquanto tenha passado a ostentar a expressão definitiva como qualificadora das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal federal.

Vale ainda trazer à colação, neste particular, o fato desta Carta Política não ter definido a competência para comunicação do ato processual declaratório da inconstitucionalidade ao Senado Federal, passando,

---

<sup>582</sup> O Capítulo 2 desta Dissertação, item 2.7, traz maiores detalhes sobre essa fase no Direito Constitucional brasileiro.

<sup>583</sup> Relembre-se que nesta Carta Política foi suprimida a hipótese da reapresentação da norma tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ao Congresso Nacional.

<sup>584</sup> Entendido o termo como a possibilidade que detinha o Poder Executivo de reapresentar ao Congresso Nacional a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>585</sup> Confira-se item 2.7 do Capítulo 2 desta Dissertação para maiores detalhes.

então, tal competência, a ser exercida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, à luz do que preceituava o art. 26, inciso 7<sup>586</sup>, do Regimento Interno de 1940. Sublinhe-se que na Carta de 1934, essa missão fora constitucionalmente reservada ao Procurador-Geral da República<sup>587</sup>.

Com o novo período republicano inaugurado com a Constituição Federal de 1967<sup>588</sup>, manteve-se a competência do Senado Federal para intervir no procedimento de declaração de inconstitucionalidade difuso, emprestando-se, com tal providência, à lei ou ao decreto tido por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia geral, diga-se *erga omnes*.

A redação do imperativo constitucional da Carta Política de 1967 é praticamente idêntica à da Constituição de 1946, como se pode conferir:

Art 45 - Compete ainda privativamente, ao Senado: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais. por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

As emendas constitucionais<sup>589</sup> que atingiram a Constituição Federal de 1967 não alteram o comando que reservava ao Senado Federal a missão de intervir no controle difuso de constitucionalidade de normas, sendo certo que também naquele tempo ficou reservado ao Presidente do Supremo

---

<sup>586</sup> Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1940. Art. 26. Compete ao Presidente do Tribunal: 7: Corresponder-se em nome do Tribunal com o Poder Legislativo, com o Presidente da República e demais Autoridades. Encontrável em <<http://www.STf.JUS.br>>. Acesso em 02.12.2010.

<sup>587</sup> Constituição de 1934: Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato. Encontrável em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02.12.2010.

<sup>588</sup> Maiores detalhes sobre esse período constitucional podem ser hauridos no item 2.8 do Capítulo 2 desta Dissertação.

<sup>589</sup> Cumpre relembrar que a Emenda Constitucional de nº 16/65 foi tratada no Capítulo 2, item 2.6.1, desta Dissertação, cabendo aqui reafirmar que a Proposta que resultou na referida Emenda Constitucional previa a perda de eficácia da norma sindicada com a pronúncia de inconstitucionalidade feita definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal, reservando-se ao Senado Federal, neste processo, tão somente a missão de dar publicidade a esta decisão, publicando-a no Diário Oficial e na Coleção de Leis.



Tribunal Federal, por força do art. 180 do Regimento Interno de 1970<sup>590</sup>, a função de comunicar o ato processual declaratório da inconstitucionalidade ao Senado Federal.

Passagem que deve ser evidenciada no pertinente ao controle de constitucionalidade na vigência da Constituição de 1967, diz com a decisão administrativa tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal de não mais comunicar ao Senado Federal as decisões declaratórias de inconstitucionalidades proferidas em ambiente de controle abstrato de normas. Essa decisão constituiu-se em um marco na superação dos vetustos dogmas das escolas francesas e inglesas do Direito, que negavam ao Poder Judiciário o direito de invalidar leis debatidas, votadas e aprovadas pelo Poder Legislativo. Destaque-se que o processo administrativo<sup>591</sup> do qual derivou tal entendimento teve como relator o Ministro Moreira Alves, o qual concluiu que, nestas hipóteses, fazia-se dispensável a intervenção do Senado Federal para que a decisão obtivesse eficácia *erga omnes*<sup>592</sup>.

A Constituição Federal de 1988 preservou a competência do Senado Federal para intervir no controle difuso de constitucionalidade, mantendo a mesma redação presente na Constituição de 1967. É ler-se o imperativo constitucional que versou o tema:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

---

<sup>590</sup> Regimento Interno Do Supremo Tribunal Federal de 1970 Art. 180. Declarada a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, o Presidente do Tribunal, imediatamente, a comunicará aos órgãos interessados, e, transitado em julgado o acórdão, remete cópia da decisão ao Presidente do Senado Federal, no caso do art. 42, VII, da Constituição. Encontrável em <<http://www.STf.JUS.br>>. Acesso em 02.12.2010

<sup>591</sup> Relembre-se que esse tema foi estudado no Capítulo 2, item 2.7.1, desta Dissertação.

<sup>592</sup> Confira-se, nesse sentido, Parecer do Min. Moreira Alves, publicado no Diário de Justiça de 16 de maio de 1977, p. 3123-3124, a partir do qual se fixou definitivamente o entendimento de que as pronúncias de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de normas dispensavam a atuação do Senado Federal para revestir-se com a eficácia *erga omnes* e com o efeito vinculante.

Merece ainda ser destacado que, conquanto objeto de decisão em processo administrativo<sup>593</sup>, os constituintes da Carta Política de 1988 nada deliberaram quanto aos efeitos e quanto à eficácia da decisão de inconstitucionalidade proferida em ambiente de controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, modo pelo qual permaneceu a Corte Maior a aplicar a orientação anterior, via da qual se dispensava a comunicação ao Senado Federal para que esta (decisão) obtivesse eficácia geral e efeito vinculante.

### **5.2.1. A verdadeira Razão da Participação do Senado Federal no Controle Difuso de Normas no Brasil**

Como se pode perceber, o estudo da história do Direito Constitucional brasileiro, especificamente no que toca à competência do Senado Federal para intervir no controle difuso de constitucionalidade, emprestando às decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram a inconstitucionalidade de normas a eficácia *erga omnes*, deve ser visto tão somente como um meio utilizado pelos constituintes de 1933 para harmonizar os ensinamentos das escolas francesa e inglesa do Direito - quais negavam peremptoriamente ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei - com os preceitos da escola estadunidense de Direito - qual proclama a competência do Poder Judiciário para assim proceder.

O Certo é que não se deve ter o preceptivo que confere ao Senado Federal competência para atuar na fiscalização difusa de constitucionalidade (controle do controle) como algo intransponível, visto que na atualidade até os franceses, cujo controle de normas era somente preventivo e político, já estão a conceber que, em hipóteses que digam com direitos e liberdades garantidos na Constituição daquele País, a Corte Constitucional (órgão não judicial) exerça o controle de constitucionalidade<sup>594</sup> mesmo depois de publicada a lei objeto da sindicância (controle repressivo),

---

<sup>593</sup> *Ibidem.*

<sup>594</sup> Vale consultar Artigo de autoria de Dirley da Cunha Júnior (O Controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008). Encontrável em [http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O\\_Contrôle\\_de\\_Constitucionalidade\\_na\\_França\\_e\\_as\\_Alteracoes\\_advindas\\_da\\_Reforma\\_Constitucional\\_de\\_23\\_de\\_julho\\_de\\_2008.pdf](http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Contrôle_de_Constitucionalidade_na_França_e_as_Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.pdf).

bastando, para tanto, que, preenchidas as condições de admissibilidade, seja a arguição de incompatibilidade vertical suscitada e aceita no bojo de um processo judicial ou administrativo<sup>595</sup>.

E é exatamente dentro dessa quadra fática, marcada pela superação de dogmas do antigo Direito Constitucional<sup>596</sup>, que se está autorizado a afirmar que o comando contido no art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 - que concede ao Senado Federal a competência para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - está sofrendo um gradativo e interminável processo de obsolescência, decorrente essa (obsolescência) das alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 03/93 e 45/04 e das

---

<sup>595</sup> Esclarecedoras ainda são as Informações postadas no Portal do Supremo Tribunal Federal sobre o Tema, *verbis*: A Lei Orgânica nº 2009-1523, de 10 de dezembro de 2001 (publicada em 11 de dezembro de 2009) estabeleceu as condições de aplicação do artigo 61-1 da Constituição que concede aos cidadãos o direito de questionar a constitucionalidade de uma disposição legislativa que viole direitos e liberdades garantidos pela Constituição. [...] A chamada Questão Prioritária de Constitucionalidade garante a qualquer pessoa que seja parte em um processo, em qualquer instância, administrativa ou judiciária, o direito de questionar um dispositivo legal sob o argumento de que ele atenta contra os direitos e liberdades garantidos na Constituição. [...] Se as condições de admissibilidade forem preenchidas, caberá ao Conselho Constitucional se pronunciar e, se for o caso, ab-rogar o dispositivo. A questão prioritária de constitucionalidade foi instaurada pela reforma constitucional de 23 de julho de 2008 e entrou em vigor a partir de 1º de março de 2010. Antes da reforma, não era possível contestar a constitucionalidade de uma lei que já estivesse em vigor. De agora em diante, os jurisdicionados gozam deste novo direito introduzido pelo artigo 61-1 da Constituição. [...] *ARTICLE 61-1. Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.* [...] *Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.* [...] De acordo com a cartilha preparada pelo Conselho Constitucional sobre o assunto, dispositivo legal (disposition législative) se refere a texto emanado de autoridade que tenha poder legislativo. São essencialmente textos aprovados pelo Parlamento (lei, lei orgânica ou ordenança ratificada pelo Parlamento). Pode também ser uma lei da Nova Caledônia. As ordenanças que não tenham sido ratificadas, os decretos, os mandados ou as decisões individuais não podem, portanto, ser objeto de questão prioritária de constitucionalidade (são atos administrativos cujo controle é da competência das jurisdições administrativas). [...] Já os direitos e liberdades garantidos pela Constituição são os direitos e liberdades que figuram na Constituição de 4 de outubro de 1958 e nos textos aos quais faz remissão o seu preâmbulo, quais sejam, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; o preâmbulo da Constituição de 1946; os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República (aos quais faz remissão o Preâmbulo da Constituição de 1946), e a Carta do Meio-ambiente de 2004. [...] A reforma constitucional francesa foi um dos temas discutidos durante a visita feita recentemente ao Supremo Tribunal Federal pelo conselheiro Olivier Schrameck, do Conselho de Estado francês. (PORTAL DO STF. DESTAQUES). Encontrável em [http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque\\_pt\\_br&idConteudo=160929](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=160929).

<sup>596</sup> Dentre os quais os ensinamentos das escolas francesa e inglesa do Direito Constitucional.

inúmeras modificações levadas a efeito na seara do Processo Civil brasileiro, viradas legislativas tais que acabaram por dar prevalência aos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal, o que será demonstrado doravante.

### **5.3. O Processo de Obsolescência da Competência do Senado Federal para Atuar no Controle Difuso de Normas no Brasil**

#### **5.3.1. A Constituição Federal de 1988**

Muito embora o constituinte de 1988 tenha mantido, no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, o certo é que, paradoxalmente, esse mesmo legislador acabou por fragilizar tal comando constitucional na medida em que alargou a competência para a fiscalização abstrata de normas. Isso porque no art. 103 da mesma Carta Política, além do Procurador-Geral da República - único titular deste tipo de ação ao tempo da Carta de 1967/69 - foram também autorizados a iniciar o controle abstrato de normas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa<sup>597</sup>, o Governador do Estado<sup>598</sup>, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e, finalmente, as confederações sindicais ou as entidade de classe de âmbito nacional<sup>599</sup>

A questão aqui é de pura lógica: se na fiscalização abstrata a pronúncia do Supremo Tribunal Federal tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sem que para isso se faça necessário a intervenção do Senado

---

<sup>597</sup> Também o Governador do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Distrital por interpretação do Supremo Tribunal Federal e posteriormente pela Emenda Constitucional nº 03/95.

<sup>598</sup> Também a Câmara Distrital por interpretação do Supremo Tribunal Federal e posteriormente pela Emenda Constitucional nº 03/95.

<sup>599</sup> Nesse sentido são as palavras de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco quando registram que a "exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência". (*Curso de direito ...*, op. cit., p. 1029).

Federal, e se a legitimidade ativa para movimentação desse modelo de controle repressivo<sup>600</sup> foi consideravelmente ampliada, o natural é que as demandas que questionem a compatibilidade de normas com a Constituição Federal cheguem à Corte Maior na via da ação direta. Se tal assertiva é verdadeira, parece ilógico imaginar que somente nas hipóteses de investigação difusa de constitucionalidade o Senado Federal tenha que atuar, até porque a norma que for declarada inconstitucional no modelo difuso poderá vir, ao depois, ser também declarada inconstitucional no modelo concentrado<sup>601</sup>.

Afora essa incompatibilidade de ordem puramente lógica, a criação da ação de descumprimento de preceito fundamental, instrumento manejável pelo modelo concentrado de normas, mas que se instaura em face de um caso concreto<sup>602</sup>, também veio a informar a obsolescência do comando contido no art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Isso porque, agora, por via da ADPF<sup>603</sup>, poder-se-á alcançar decisão que tenha eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a partir de um caso concreto, e, mais interessante ainda, sem a necessidade de interveniência do Senado Federal.

### 5.3.2. A Emenda Constitucional 03/93

A Emenda Constitucional de nº 03<sup>604</sup>, de 10.03.1993, trouxe como grande novidade para o cenário do controle de normas no Brasil a

---

<sup>600</sup> Rememore-se que os métodos preventivo e repressivo e os modelos abstrato e concreto de controle de constitucionalidade de normas foram estudados no Capítulo 1, item 1.5, desta Dissertação.

<sup>601</sup> Assim Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco quando assinalam que a “amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuiriam, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassa. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes” (*Curso de direito ...*, op. cit., p. 1029).

<sup>602</sup> Esse tema foi estudado no Capítulo 1, item 1.5.2, desta Dissertação.

<sup>603</sup> Na redação original da Constituição Federal de 1988 a ação de descumprimento de preceito fundamental estava prevista no parágrafo único do art. 102 com a seguinte redação “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Encontrável em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02.12.2010.

<sup>604</sup> A Emenda Constitucional 03/93 foi estudada com mais vagar no Capítulo 2, item 2.8.1, desta Dissertação.

ação declaratória de constitucionalidade, por via da qual se passou a exigir do Supremo Tribunal Federal não o reconhecimento de incompatibilidade da lei ou ato normativo do poder público com a Constituição, antes a compatibilidade desses com a Carta Política. Inicialmente, esse tipo procedimental de fiscalização de normas esteve limitado à iniciativa do Presidente da República, do Procurador-Geral da República e das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo que, ao depois, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004, a legitimidade para inauguração dessa ação foi estendida para todos aqueles elencados no art. 103 da Carta Política.

O que deve ficar retido relativamente à ação declaratória de constitucionalidade é que ela tem lugar quando houver divergência de interpretação sobre uma determinada norma frente à Constituição Federal. Vale dizer: quando se tiver dúvidas, manifestadas por decisões diferentes de tribunais também distintos, sobre ser ou não ser uma específica lei ou um dado ato do poder público compatível verticalmente com a Constituição Federal<sup>605</sup>.

E é justamente aqui, neste particular da divergência entre decisões de tribunais, que a ação declaratória de constitucionalidade contribui para a obsolescência do comando contido no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, porquanto, uma vez mais, se está diante de uma hipótese gerada a partir de um caso concreto, cuja decisão o Supremo Tribunal Federal não precisará submeter ao crivo do Senado Federal para obter eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Rememore-se, aliás, que a própria Emenda Constitucional de nº 03/93 já trouxera explicitamente a previsão dessa eficácia e desse efeito, tal como se pode apurar pela leitura do então § 2º do art. 102, *verbis*: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas

---

<sup>605</sup>Art. 13. Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal: [...] IV - o Procurador-Geral da República. Art. 14. A petição inicial indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido; II - o pedido, com suas especificações; III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória. Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 06.12.2010.

ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

Não se deve olvidar que a Emenda Constitucional de nº 45/04, objeto do Tópico seguinte, ainda que a Corte Maior já o reconhecesse<sup>606</sup>, sobretudo com suporte no § único do art. 28 da Lei federal 9.868/99<sup>607</sup>, atribuiu, a exemplo das ações declaratórias, também às decisões definitivas de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade a eficácia contra todos e o efeito vinculante quanto aos demais órgãos do Poder Judiciário e às três esferas da administração pública direta e indireta. Ajunte-se que, por força do disposto no § 1º do art. 11 da Lei federal 9.868/99<sup>608</sup> e

---

<sup>606</sup> EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratórias de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido. (STF-Rcl 5880/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 07.11.2002. e publicado no Diário de Justiça do dia 19.03.2004). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 10.02.2011.

<sup>607</sup> Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

<sup>608</sup> Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo. § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. § 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

também por entendimento jurisprudencial já firmado no Supremo Tribunal Federal<sup>609</sup>, continuou-se, mesmo que a Emenda nº 45/04 não fizesse referência, a atribuir, de igual modo, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante às decisões proferidas nas cautelares das ações declaratórias de constitucionalidade e diretas de inconstitucionalidade.

Ainda como forma de comprovar que a função atribuída ao Senado Federal no inciso X do art. 52 da Constituição Federal está perdendo força jurídica, e, especialmente, *eficácia social*<sup>610</sup>, traz-se à colação o fato de que também às decisões prolatadas nas ações de descumprimento de preceito fundamental se está atribuindo, por força do comando contido no § 3º do art. 10 da Lei federal 9.882/99, eficácia contra todos e efeito vinculante contra os demais órgãos do poder público<sup>611</sup>, fato esse bastante a atesta que, não só em processo de modelo concentrado e abstrato<sup>612</sup>, (ADC e ADI), dispensa-se a intervenção do Senado Federal para a perda de eficácia da norma sindicada pelo Supremo Tribunal Federal, certo que na ação de descumprimento de preceito fundamental - conquanto seja essa (ADPF) classificada como pertencente ao modelo concentrado - a fiscalização de compatibilidade que nela se opera é de método concreto, vale dizer: exige um fato concreto<sup>613</sup>.

---

<sup>609</sup> EMENTA: Reclamação. 2. Garantia da autoridade de provimento cautelar na ADI 1.730/RN. 3. Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte em Mandado de Segurança. Reenquadramento de servidor aposentado, com efeitos "ex nunc". Aposentadoria com proventos correspondentes à remuneração de classe imediatamente superior. 4. Decisão que restabelece dispositivo cuja vigência encontrava-se suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de cautelar. 5. Eficácia "erga omnes" e efeito vinculante de decisão cautelar proferida em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Reclamação julgada procedente. . (Rcl 2256/RN, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 11/09/2003 e publicado no Diário de Justiça do dia 30.04.2004). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 10.02.2011

<sup>610</sup> A locução será estudada mais adiante.

<sup>611</sup> Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. § 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. § 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União. § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

<sup>612</sup> Ressalva-se, uma vez mais, que a ação declaratória de constitucionalidade surge das análises prévias de casos concretos.

<sup>613</sup> Vale sublinhar que a ação de descumprimento de preceito fundamental foi tratada nesta Dissertação nos Tópicos 1.5.2, 2.8, 2.81, 5.1, 5.3.1.



Como se vê, as alterações que foram impostas à Constituição Federal pela Emenda Constitucional de nº 03/93 contribuíram decisivamente para o fortalecimento do entendimento de que a participação do Senado Federal no Controle difuso de normas está sofrendo um processo gradual de obsolescência. Isso porque a perda de eficácia e a atribuição de efeito *erga omnes* à norma declarada inconstitucional em controle difuso, que, na fase que antecede às Emendas Constitucionais 03/93 e 45/04, somente era alcançada com a intervenção do Senado Federal prevista no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, passou, com o novo cenário desenhado para a fiscalização concreta de normas no Brasil, introduzido pelas referidas Emendas Constitucionais, a também ser alcançada com a Súmula Vinculante e, por que não dizer, com as decisões proferidas nos recursos extraordinários julgados com o prévio reconhecimento da repercussão geral. No primeiro caso, esses resultados são alcançados porque a orientação contida na Súmula Vinculante deve ser seguida pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; na segunda hipótese, esses resultados são alcançados porque a decisão proferida no recurso extraordinário ao qual se tenha atribuído repercussão geral servirá de parâmetro para as futuras decisões que forem tomadas sobre o mesmo tema, vale dizer: passará a funcionar como precedente<sup>614</sup>, sobretudo em razão das alterações que foram impostas ao

---

<sup>614</sup> Cita-se como exemplo de precedente a decisão interpretativa feita no recurso extraordinário nº 576.155/DF, no qual foi decidida a competência do Ministério Público para questionar Termo de Acordo de Regime Especial – TARE – firmado pelo Governo do Distrito Federal. Neste caso, após a atribuição de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal a um dos processos, todos os demais feitos que corriam no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios foram paralisados, e, após a decisão nele (RE) proferida, os processos passaram a ser decididos em consonância com a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Eis o referido acórdão: EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL - TARE. POSSÍVEL LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LIMITAÇÃO À ATUAÇÃO DO PARQUET. INADMISSIBILIDADE. AFRONTA AO ART. 129, III, DA CF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. I - O TARE não diz respeito apenas a interesses individuais, mas alcança interesses metaindividuais, pois o ajuste pode, em tese, ser lesivo ao patrimônio público. II - A Constituição Federal estabeleceu, no art. 129, III, que é função institucional do Ministério Público, dentre outras, “promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Precedentes. III - O *Parquet* tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de anular Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, em face da legitimação ad causam que o texto constitucional lhe confere para defender o erário. IV - Não se aplica à hipótese o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/1985. V - Recurso extraordinário provido para que o

Processo Civil pátrio com a regulamentação desse novo instituto (repercussão geral)<sup>615</sup>.

### 5.3.3. A Emenda Constitucional 45/04

A Emenda Constitucional nº 45/04<sup>616</sup> ratificou a tese de obsolescência da competência do Senado Federal para atuar no controle difuso de normas e implantou os instrumentos jurídicos que faltavam para consagrar o entendimento de que, decididamente, edificou-se um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

A instituição da súmula vinculante e da repercussão geral, instrumentos jurídicos tais que foram abordadas no Capítulo 4, além de emprestarem maior força aos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal, calibraram definitivamente a tese de que o comando contido no art. 52, inciso X, da Constituição Federal está ultrapassado, vetusto mesmo.

Com efeito, não há como se compreender a necessidade de intervenção do Senado Federal em processo que tenha servido de modelo para a instituição de uma súmula vinculante, até porque, nesta hipótese, a norma, quer no âmbito do Poder Judiciário, quer nos três níveis da administração pública direta ou indireta, já terá, na prática, perdido a sua eficácia, à razão de que esses órgãos estão vinculados à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo registrar que a não observância do

---

TJ/DF decida a questão de fundo proposta na ação civil pública conforme entender. (STF-RE 576.1255/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 12.08.2010. e publicado no Diário de Justiça do dia 24.11..2010). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 10.02.2011. Para comprovar que o TJDF aderiu ao entendimento do STF vale transcrever o seguinte acórdão do Tribunal distrital: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ULTIMADO O JULGAMENTO DA CAUSA QUANTO AO MÉRITO. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL. TARE. AFRONTA. PACTO FEDERATIVO. CONVÊNIO INTERESTADUAL. AUSÊNCIA. O Termo de Acordo de Regime Especial, sob a ótica constitucional, afronta o pacto federativo e as disposições que determinam a realização de prévios convênios entre os Estados e o Distrito Federal. Apelo provido. (APC nº 20040110964274APC, Relator Lécio Resende, julgado em 09/02/2011 e publicado no Diário de Justiça do dia 17/02/2011 p. 66). Encontrável em <<http://www.TJDFT.JUS.br>>. Acesso em 10.02.2011.

<sup>615</sup> Registre-se que as alterações impostas ao Processo Civil pela lei 9.868/99 foram abordadas nos Capítulos 1, 2 e 4, respectivamente itens 1.4.3.2, 1.4.6, 2.8.1 e 4.2.2.3, desta Dissertação.

<sup>616</sup> Relembre-se que a Emenda Constitucional 45/04 foi estudada com mais profundidade no Capítulo 2, item 2.8.2, desta Dissertação.

enunciado da súmula vinculante autoriza o manejo de reclamação<sup>617</sup> junto ao Supremo Tribunal Federal para fazer valer a decisão colegiada (SV).

Na mesma linha de pensamento, inadmissível é refletir sobre a intervenção da Câmara Alta quando o Supremo Tribunal Federal tenha decidido tema acobertado pela repercussão geral. Isso porque, neste caso, o julgado da Corte Maior funcionará como *precedente* a ser seguido pelos demais tribunais brasileiro, circunstância essa que, por via oblíqua, seja na hipótese de declaração de inconstitucionalidade da norma, seja na hipótese de interpretação que a Corte lhe tenha atribuído, o que passa a valer é a decisão de inconstitucionalidade ou a interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de manifestação do Senado Federal<sup>618</sup>, e isso por conta do que posto nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 543-B do Código de Processo Civil<sup>619</sup>.

De outra visada, ao falar-se sobre a Emenda Constitucional 45/04, não se pode deixar de anotar que a mesma ampliou os legitimados para proporem a ação declaratória de constitucionalidade<sup>620</sup>, fato esse que, tal como afirmado linhas atrás<sup>621</sup>, possibilitou o debate de demandas marcadas pela concretude diretamente no Supremo Tribunal Federal, enfraquecendo, com isso, a orientação normativa inserta no inciso X do Art. 52 da Constituição Federal<sup>622</sup>.

---

<sup>617</sup> Assim o § 3º do art. 103-A da Constituição Federal: § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

<sup>618</sup> Esse entendimento será desenvolvido, com maiores detalhes, nos tópicos que seguem.

<sup>619</sup> Maiores detalhes sobre o instituto da repercussão geral podem ser hauridos no Capítulo 4, item 4.2.8, desta Dissertação.

<sup>620</sup> A referida Emenda Constitucional também incluiu na competência do Supremo Tribunal Federal o reexame, em sede de recurso extraordinário, das decisões que julgarem válidas leis locais contestadas em face de leis federais. Esse tema foi abordado no Capítulo 2, item 2.8.2, desta Dissertação.

<sup>621</sup> O tema já foi desvendado neste Capítulo no item 5.3.

<sup>622</sup> Retenha-se que a Emenda Constitucional em debate estendeu à ação direta de inconstitucionalidade o preceito que garantia às decisões definitivas de mérito proferidas em ações declaratórias de constitucionalidade a eficácia contra todos e o efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Confira-se, para maiores detalhes, o Capítulo 2, item 2.8.2, desta Dissertação.

O certo é que os argumentos que foram até aqui colacionados autorizam a defesa do entendimento de que a Emenda Constitucional nº 45/04 debilitou, ainda mais, a competência do Senado Federal para atuar no controle difuso de normas no Brasil e, para além disso, teve participação peculiar na formação do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

#### **5.3.4. A prevalência dos *Precedentes***

Quando se elencou, no Capítulo 4 desta Dissertação, todas as alterações legislativas que levaram à construção de uma nova fórmula de composição de conflito de interesses que digam com temas constitucionais, fórmula essa que tem como pilar central a prevalência dos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal, acabou-se por demonstrar, ainda que por via oblíqua, que a função reservada ao Senado Federal pelo inciso X do art. 52 da Carta Política estava paulatinamente perdendo força, atingida que fora a mesma pela modernização do Processo Civil brasileiro, qual claramente se contrapõem à vetustez do preceptivo constitucional aludido.

Não se vai - tampouco se deve - reproduzir, neste momento, os comentários já lançados no Capítulo anterior sobre a edificação de um novo arcabouço processual civil que dá efetiva prevalência aos *precedentes* proclamados pelo Supremo Tribunal Federal. Impõe-se rememorar, contudo, que o parágrafo único do art. 481, o § 1º do art. 518, o *caput* e o § 1º-A do art. 557 e o art. 543-A, todos do Código de Processo Civil, são exemplos claros e insuperáveis da incompatibilidade hoje verificada entre as competências reservadas aos Juízes, Desembargadores e Ministros, no que toca às possibilidades de indeferimento liminar de peças recursais, e a missão conferida ao Senado Federal no controle difuso de normas brasileiro.

Ainda que se pretenda defender que a *perda de eficácia formal* da normal declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal somente pode ser alcançada com a Resolução do Senado Federal que assim a declare, não há como ignorar a realidade fática e negar a existência de uma

*perda de eficácia material*, qual se concretiza diuturnamente com a aplicação daqueles vários imperativos legais estudados no Capítulo 4 desta Dissertação, com destaque para os que foram citados no parágrafo anterior.

Certo mesmo é que, assim como a prevalência dos *precedentes* informa a obsolescência da intervenção do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso de normas, o conjunto desses dois acontecimentos<sup>623</sup>, somados à atuação do Supremo Tribunal Federal como Órgão que corrige equívocos de sentenças e atos normativos, formam as hipóteses que dão corpo, alma e vida ao novo cenário criado para o controle difuso de constitucionalidade edificado no Brasil.

### **5.3.5. Decisões Proferidas em ambiente de Controle Difuso de Constitucionalidade: Controle de Constitucionalidade ou Controle de Sentenças e Atos Normativos?**

Naquilo que interessa ao programa da presente pesquisa científica, não se há de abandonar a abordagem das diferenciadas decisões que podem ser proferidas em ambiente de controle difuso de constitucionalidade de normas, até porque da análise dessas espécies decisórias pode-se extrair fundamentos que justifiquem, mais ainda, a obsolescência do comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal<sup>624</sup>.

Seguindo essa trilha de raciocínio, começa-se por assentar que tão somente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que pronunciem juízo de desvalor em relação à norma escrutinada<sup>625</sup> são suscetíveis à remessa ao Senado Federal para que ocorra a suspensão formal da sua eficácia. Decisões outras, que não expressem incompatibilidade da

<sup>623</sup> Repita-se: hipóteses da presente pesquisa científica.

<sup>624</sup> O conceito de Constituição e a forma como a mesma é classificada foram estudados no Capítulo 1, item 1.2, desta Dissertação.

<sup>625</sup> Esse o pensamento externado por José Levi Mello do Amaral Júnior, como se pode ver da seguinte passagem: "Não é a ocorrência ou não de redução de texto normativo que requer julgamento *em banc*, mas, sim, a iminência de juízo de desvalor relativamente à norma inquinada, o que implicar ou não em redução de texto. (*Incidente de arguição de ... op. cit...*, p. 97).

norma sindicada com a Constituição Federal,<sup>626</sup> não são apanhadas pela excepcional competência reservada à Câmara Alta.

Importante deixar assentado, desde logo, que as decisões tomadas em sede de controle difuso de normas que não importem incompatibilidade desta com a Carta Política acabam por comprovar que o Supremo Tribunal Federal não só tem por missão a fiscalização de incompatibilidades verticais, mas também e, sobretudo, a de corrigir interpretações equivocadas feitas por sentença e atos normativos.

Se assim é, a decisão que reconhece a não-recepção<sup>627</sup> de determinada norma em face de novo ordenamento jurídico instaurado com a promulgação de outra Constituição, conquanto afaste-lhe a aplicação, suprima-lhe a eficácia, não se lança à competência resolutive ofertada ao Senado Federal, porquanto tal forma de proceder não implica declaração de inconstitucionalidade da norma sindicada<sup>628</sup>. Na mesma situação encontram-se os julgamentos que se contentam em dar a norma uma interpretação conforme a Constituição<sup>629</sup>, porquanto também nestas hipóteses não cabe o juízo de desvalor da norma, mas tão somente a indicação de como a mesma deve ser interpretada para não se chocar com a Carta Política.

A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto<sup>630</sup>, conquanto resulte em desvalor da norma escrutinada, curiosamente também não é submetida ao crivo do Senado Federal, tendo em vista que a inconstitucionalidade, nesta hipótese, não recai sobre o texto da norma, mas

---

<sup>626</sup> Os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade e as diferenciadas formas de incompatibilidades verticais e horizontais das normas frente à Constituição foram estudados no Capítulo 1, item 1.4, desta Dissertação

<sup>627</sup> O instituto da não-recepção da norma foi estudado no Capítulo 1, item 1.4.6, desta Dissertação.

<sup>628</sup> C. A. Lúcio Bittencourt, ao versar sobre a presunção de constitucionalidade das leis, deixa lição lapidar anunciando que a presunção de constitucionalidade “parece inaplicável à hipótese do conflito intertemporal. Pelo menos os argumentos em que se funda não têm qualquer procedência neste campo, pois não se pode presumir que o Parlamento, mesmo iluminado por suas comissões técnicas, haja procurado respeitar as normas constitucionais ainda inexistentes e só mais tarde elaboradas”. (*O controle jurisdicional da...* op. cit., p. 115).

<sup>629</sup> A interpretação conforme a Constituição foi estudada no Capítulo 1, item 1.4.3.2, desta Dissertação.

<sup>630</sup> A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto foi estudada no Capítulo, item 1.4.3.1, desta Dissertação.

sim sobre umas das possíveis interpretações que dela se pode extrair<sup>631</sup>. Por último, tem-se às decisões do Supremo Tribunal Federal que indicam qual a correta interpretação a ser emprestada à determinada norma legal, pronunciamentos esses que, decididamente, não implicam declaração de incompatibilidade vertical<sup>632</sup>.

Cumprido ressaltar, neste particular que simples pesquisa feita no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal demonstrou que de 40 (quarenta) decisões proferidas em recursos extraordinários acobertados pela repercussão geral<sup>633</sup>, deste a criação desta, somente 08 (oito)<sup>634</sup> versaram tema relacionado à declaração de inconstitucionalidade, ou seja: somente 20% (vinte por cento) dos recursos extraordinários com repercussão geral, até a realização desta pesquisa, trataram de temas ligados à declaração de incompatibilidade de norma com a Constituição. Há mais a dizer: somente em 04 (quatro)<sup>635</sup> desses 08 (oito) recursos referidos, ou seja, em 10% (dez por cento), houve declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal. Nos demais casos, ou se pronunciou a incompatibilidade da decisão recorrida com a Carta Política Federal, ou se confirmou decisões de

<sup>631</sup> Tomando por empréstimo a tradução de José Levi Mello Amaral Júnior, vale registrar que Gustavo Zagrebelsky anotou que “com a fórmula “lei”se podem entender, e, com efeito, se entende, duas coisas diversas: a) de um lado, a disposição legislativa, deliberada e emanada nos modos previstos pelas regras sobre produção do direito, consistente em fórmulas lingüísticas textuais; b) por outro, a norma expressa pela disposição e extraída por meio da sua interpretação, isto é, a disposição interpretada. Não se pensa diversamente todas as vezes em que ao ato, à fórmula, ao enunciado, à proposição, ao texto na sua materialidade se contrapõe a estatuição, o significado, a interpretação, a resultante normativa, etc.” (*Incidente de Arguição de ...*, op. cit., p. 95; *La giustizia ...*, op. cit. p. 2769).

<sup>632</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco salientam que o “instituto da suspensão da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta”. (Curso de direito ..., op. cit., p. 1030).

<sup>633</sup> Foram consultados os seguintes recursos extraordinários 583.955, 344.944 (591.340), 587.365, 576.845, 572.052, 575.089, 377.457 (575.093), 579.648, 568.596, 579.951, 562.051, 578.695, 562.980, 575.144, 563.965, 572.762, 573. 202, 573.675, 576.189, 577.025, 567.801 (500171), 569.056, 565.714, 561.574 (561.572), 560.626 (559.943), 570.177, 597.994, 567.454, 590.260, 566.032(561.484 e 577.348), 527.602 (AI 715.423), 577.302, 590.409, 691.876, 570.908 (591.874), 570.680, 584.100, 592.905, 585.535 e 573.540. Dados colhidos no Relatório sobre Repercussão Geral, encontrável no seguinte endereço eletrônico. <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 05.12.2010.

<sup>634</sup> Esses os recursos extraordinários que versaram tema de inconstitucionalidade: 573.540, 527.602 (AI 715.423), 560.626 (559.943), 565.714, 500.171, 577.025, 573.675, e 575144.

<sup>635</sup> Esse os recursos extraordinários que declaram a inconstitucionalidade de norma: 573.540, 527.602, 560526 (559.943) e 565.714.

inconstitucionalidades proferidas por tribunais estaduais, mas com parâmetro de controle estadual.

Dessa pequena incursão empírica, ainda que a mesma não esteja revestida por maiores substratos metodológicos<sup>636</sup>, pode-se extrair, com larga clareza, que, sob a ótica estatística, na atualidade, a principal missão exercida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de recursos extraordinários, curiosamente, não é a de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público, antes a de corrigir interpretações equivocadas feitas pelos tribunais inferiores<sup>637</sup>. Mais curioso ainda é reconhecer que essa constatação comprova, uma vez mais, que o atual cenário criado para o controle difuso de normas brasileiro não é o mesmo do tempo em que se conferiu ao Senado Federal a competência para intervir na atividade fiscalizadora de normas no Brasil.

Ainda na seara das técnicas de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso, ocupa lugar de destaque como instrumento capaz de dar vulto à obsolescência do instituto previsto no inciso X do art. 52 da Constituição Federal a possibilidade de modulação<sup>638</sup> dos efeitos da pronúncia proferida pela Corte Maior<sup>639</sup>. Isso

---

<sup>636</sup> Note-se que a pesquisa está limitada aos casos com repercussão geral reconhecida e julgada, tal como levantado no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 03.12.2010.

<sup>637</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco salientam que “ o Supremo Tribunal Federal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários e pela própria Administração”. (*Curso de direito ...*, op. cit., p. 1030.

<sup>638</sup> Técnica de sentença autorizada pelo art. 27 da lei 9.868/99, cuja redação é a seguinte: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. A íntegra pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05.12.2010.

<sup>639</sup> Exemplo clássico da aplicação dessa técnica de decisão em controle difuso de normas colhe do julgamento proferido no recurso extraordinário 197.917 que decidiu a questão do número de vereadores da Cidade de Mira Estrela, cuja ementa é a seguinte: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. [...] INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. [...] 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09



porque, ao proceder dessa forma, o Supremo Tribunal Federal demarca a partir de que momento a norma sindicada deve ter a sua incompatibilidade vertical reconhecida, com o que abandona, naquele caso específico, o entendimento de que a lei inconstitucional é lei nula<sup>640</sup> para acolher a concepção de sua anulabilidade, segundo a qual a lei, mesmo tendo sido declarada inconstitucional, pode ser considerada eficaz por um tempo, bastando, para tanto, que assim decida o Supremo Tribunal Federal por votação qualificada.

Ora, se Supremo Tribunal Federal, mediante a aplicação da técnica da modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, pode afirmar até que momento a norma escrutinada deve ser considerada como tendo eficácia, emprestando-lhe, pois, efeitos *ex nunc*, como compatibilizar essa prática com a atuação do Senado Federal, cuja Resolução de suspensão, segundo doutrina de grande respeitabilidade, também tem efeitos *ex nunc*<sup>641</sup>? Parece certo, portanto, que, nesta situação, dois órgãos da República, o Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal, atuem com o objetivo de alcançar o mesmo fim, qual o de suspender a eficácia da lei com efeitos *ex nunc*, fato tal que, a toda evidência, não presta as honras devidas à lógica e, sobretudo, a separação de função de cada Poder.

---

representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (STF-RE 197.917, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 06.06.2002. e publicado no Diário de Justiça do dia 07.05..2004). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 05.12.2010.

<sup>640</sup> A. C. Lúcio Bittencourt faz brilhante diferenciação entre inexistência e ineficácia da lei, alertando que nesta última hipótese a lei obedece aos requisitos postos para sua criação, mas colide com a Constituição, ao passo que a inexistência da lei decorre da inobservância de regras que regulam a sua criação. São do referido autor as seguintes letras: "se o ato a que se atribui este nome não se apresenta sob a forma estabelecida pela Constituição, ou não foi baixado pelos órgãos competentes para fazê-lo, ou não obedeceu na sua elaboração ao rito e ao processo prescritos, não se trata, na hipótese, de uma lei". Mais adiante arremata: A terceira consequência possível da inconstitucionalidade é, como vimos, a *ineficácia* do ato legislativo, pela recusa dos tribunais em aplicá-lo aos casos concretos que lhes são submetidos. Ocorre quando a lei, posterior à Constituição e elaborada com perfeita observância do processo e das fórmulas por esta prescritas, é, no seu contexto, incompatível com a lei suprema." (*O controle jurisdicional da ...*, op. cit., p.p. 133-134).

<sup>641</sup> Discorrendo sobre os efeitos da Resolução do Senado Federal, José Afonso da Silva assim se manifesta: "No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos" (*Curso de direito ...*, op. cit., p. 54).

Por tudo quanto posto, ecoa evidente que as técnicas de decisão hoje utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de normas, muitas das quais não levam à declaração de inconstitucionalidade, estão a revelar, de forma cabal, que, na maior das vezes, em ambiente de fiscalização difusa de normas, o Supremo Tribunal Federal tem atuado não como órgão verificador da compatibilidade vertical das normas, mas sim como órgão controlador de sentenças e atos normativos construídos a partir de interpretações equivocadas da Constituição Federal, fato esse que, junto a outros já destacados, corroboram a tese de obsolescência do inciso X do art. 52 da Constituição Federal, e, sobretudo, da edificação de um novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil.

### **5.3.6. A Evolução da Jurisprudência**

O plenário do Supremo Tribunal Federal tem emitido sinais claros de que vai adotar definitivamente a tese de que a atuação do Senado Federal no controle concreto de constitucionalidade está obsoleta, vetusta mesma, porquanto os efeitos decorrentes da Resolução aprovada por aquela Casa Congressual podem, na prática processual, ser alcançados com a simples decisão proferida pelo pleno da Corte Maior.

Nesse sentido, a posição adotada pelo Ministro Eros Roberto Grau no julgamento da reclamação nº 4335/AC, oportunidade na qual o douto Ministro explicitou que o comando previsto no art. 52, inciso X, da Carta Política deve ser visto como tendo sofrido uma verdadeira mutação constitucional<sup>642</sup> face à força normativa que emana da decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual, na visão do Ministro, é bastante a suspender a execução da lei<sup>643</sup>.

---

<sup>642</sup> A mutação constitucional foi estudada no Capítulo 1, item 1.2.2.1 desta Dissertação.

<sup>643</sup> Eis as notas colhidas no Informativo de nº 463 do STF: O Tribunal retomou julgamento de reclamação [...] pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos [...]. O Min. Eros Grau, em voto-vista, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, no sentido de que, pelo art. 52, X, da CF, ao Senado Federal,

Importa registrar que a opinião do Ministro Eros Roberto Grau, relativamente à necessidade de o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal<sup>644</sup> não é solitária, porquanto nesse sentido já se havia manifestado, em obra sua, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>645</sup>, para o qual a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade está a exigir uma releitura, certo que, na atual sistemática, a atuação daquela Casa Congressual no procedimento de suspensão da lei tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal tem caráter meramente publicitário<sup>646</sup>.

Com efeito, se o Direito Processual Civil (*precedentes/súmulas obstativas*)<sup>647</sup> e o Direito Constitucional (*precedentes/súmulas vinculantes*)<sup>648</sup> dispõem hoje de instrumentos capazes de impedir que uma lei declarada inconstitucional pelo pleno do Supremo Tribunal Federal seja aplicada a casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário (*perda de eficácia material*), não há como se compreender a necessidade da atuação do Senado Federal no controle concreto de

---

no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei. Rcl. 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007. (Rcl -4335). Também a consultar a nota respeitante ao Voto do Ministro Gilmar Mendes, colhida no mesmo Informativo: Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Este processo encontra-se com pedido de vista do Ministro Ricardo Lewvandoski, consoante consulta realizada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 08.12.2010.

<sup>644</sup> C.F art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

<sup>645</sup> *Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade*, p.p .270/80

<sup>646</sup> Gilmar Ferreira Mendes (*O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. p. 149).

<sup>647</sup> Tal como estudado nos Capítulos 3 e 4 desta Dissertação.

<sup>648</sup> *Ibidem*

constitucionalidade, pelo que se revela efetivamente vetusto o procedimento previsto no inciso X do art. 52 da Constituição Federal.

O certo é que, no Supremo Tribunal Federal, a tendência em considerar dispensável a atuação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade vem ganhando corpo a cada dia, até porque múltiplos são os julgados que, pouco a pouco, caminham no sentido de consolidar esta tese, qual, inegavelmente, tem como pano de fundo a adoção da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes nas decisões proferidas em ambiente de controle concreto de constitucionalidade no Brasil<sup>649650</sup>.

### **5.3.6.1. A Transcendência dos Fundamentos Determinantes**

Escapando da trilha das alterações processuais que conduziram à construção de um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil e lançando ancoras sobre técnicas constitucionais que de igual modo contribuem para formação dessa nova quadra processual constitucional, é que se passa a enfrentar o tema da transcendência dos fundamentos determinantes em ambiente de controle incidental de normas.

Para bem delimitar essa temática, vale trazer à colação o pensamento externado pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do recurso extraordinário nº 376.852/SC, no qual Sua Excelência lança luzes sobre as alterações imprimidas na legislação processual civil/constitucional para destacar que ditas mudanças, para além de emprestarem racionalização à

---

<sup>649</sup> Vale relembrar que este tema foi debatido de relance na Reclamação nº 3014/SP, veja-se: O Tribunal retomou julgamento de reclamação ajuizada pelo Município de Indaiatuba [...] Asseverou, inicialmente, que, no julgamento da ADI 2868/PI, o Tribunal examinara a constitucionalidade da Lei piauiense 5.250/2002, que fixou, no âmbito da Fazenda Estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Salientou que o acolhimento da pretensão ora deduzida passaria pelo exame da possibilidade de se atribuir efeitos transcendentais aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Considerando o fato de que, no julgamento da Rcl 4219/SP em que retomada a discussão do tema da aplicabilidade da chamada “transcendência dos fundamentos determinantes” —, quatro ministros já teriam votado em sentido contrário à respectiva adoção, votou, preliminarmente, pelo não-conhecimento da reclamação. Rcl 3014/SP, rel. Min. Carlos Britto, 8.8.2007. (Informativo-475-STF).

<sup>650</sup> Também foi aberto o debate sobre o tema nas Reclamações 4219/SP, sendo que o julgado ainda não foi finalizado, tal como constatado no seguinte endereço eletrônico: <http://www.STF.JUS.br>. Acesso em 08.12.2010..

atuação do Supremo Tribunal Federal na via do controle concreto, revelam uma tendência da legislação pátria em afastar o caráter unicamente subjetivo neste tipo de controle, como se pode conferir pela seguinte passagem<sup>651</sup>:

Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo” dotada de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o direito constitucional objetivo [...]”.

A mudança de entendimento quanto aos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso de constitucionalidade, contudo, não é tema pacífico no Direito Brasileiro, porquanto existiram autores<sup>652</sup> que rechaçaram a idéia de que a pronuncia feita nessa via processual pudesse ser estendida a outros processos similares. Nesse sentido, é a posição defendida por Alfredo Buzaid<sup>653</sup>, o qual proclamava a construção jurídica segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade incidental, por ser prejudicial e fundamento do pedido ou da defesa, não se revestia com o manto da coisa julgada e tampouco se projetava para além das partes e, mesmo *inter partes*, fora do processo em que foi prolatada<sup>654</sup>.

Ainda nessa linha de raciocínio conservadora é o entendimento manifestado pelo professor José Carlos Barbosa Moreira, cuja forma da abordagem, pela importância que teve, reclama a sua integral

---

<sup>651</sup> Vale lembrar que parte desta legislação (retenção de recursos e reexame destes após o julgamento pelo STF) já foi incorporada nos arts. 545-A e 543-B do Código de Processo Civil brasileiro.

<sup>652</sup> Nesse sentido, vale conferir Lenio Luiz Streck; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (*A Nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*). Encontrável na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 09.11.2010.

<sup>653</sup> *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p. 23/24.

<sup>654</sup> Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, p. 624).

transcrição<sup>655</sup>, sobretudo porque revela, com nitidez, o pensamento então reinante:

A decisão do plenário (ou do “órgão especial”), num sentido ou noutro, é naturalmente vinculativa para o órgão fracionário, no caso concreto, mais exatamente, a solução dada à prejudicial *incorpora-se* no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável. Nenhuma regra legal, existe, porém, que a torne obrigatória *ad futurum*. Se a inconstitucionalidade foi declarada, o órgão fracionário não pode aplicar à espécie a lei ou ato normativo; mas, ressuscitada que seja a questão a propósito de outro recurso ou de outra causa, fica o órgão fracionário, à luz do Código, livre de entender constitucional a mesma lei ou o mesmo ato e, sendo o caso, aplicar este ou aquela à nova espécie. Se não se declarou a inconstitucionalidade, nenhum dispositivo do Código obsta a que, noutro feito, volte a arguição a ser suscitada, acolhida pelo órgão fracionário e, eventualmente, pelo próprio tribunal pleno, ou pelo “órgão especial”. A eficácia do pronunciamento é só intraprocessual.

O entendimento jurisprudencial hodierno mais conservador é também no sentido da não admissão da extensão dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso a outras hipóteses concretas, podendo ser citado como exemplo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da reclamação nº 447/PE<sup>656</sup>, na qual o Ministro relator deixou assentado que os pronunciamentos daquela Corte, lançados em conflitos de jurisdição e nos recursos extraordinários, têm eficácia apenas *inter partes*, não *erga omnes*, por encerrarem apenas controle concreto de constitucionalidade. Ainda do Supremo Tribunal Federal vem o registro feito pelo Ministro Sydney

<sup>655</sup> O novo processo civil: *exposição sistemática do procedimento*, p. 183.

<sup>656</sup> Aqui a íntegra da ementa do acórdão referido, qual foi publicada do DJ de 31.03.1995: EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. RECLAMAÇÃO. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E GARANTIA DA AUTORIDADE DE SUAS DECISÕES. ARTIGO 102, I, "I", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 156 DO REGIMENTO INTERNO DO S.T.F. 1. Os julgamentos do S.T.F, nos Conflitos de Jurisdição e nos Recursos Extraordinários, referidos na Reclamação, tem eficácia apenas "inter partes", não "erga omnes", por encerrarem, apenas, controle difuso ("in concreto") de constitucionalidade. 2. E como a Reclamante não foi parte em tais processos, não pode se valer do art. 102, I, "I", da CF, nem do art. 156 do RISTF, para impedir a execução de outros julgados em que foi parte, e que sequer chegaram ao STF. 3. A decisão proferida pela Corte, no julgamento de mérito de ação direta de inconstitucionalidade, esta, sim, tem eficácia "erga omnes", por envolver o controle concentrado ("in abstracto") de constitucionalidade, mas não comporta execução. E para preservação de sua autoridade, nessa espécie de ação, o S.T.F só excepcionalmente tem admitido Reclamações, e apenas a quem tenha atuado no respectivo processo, não sendo esse o caso da Reclamante. 4. Reclamação conhecida, apenas em parte, e, nessa parte, julgada improcedente. (STF-Rcl 477/PE, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 16.02.1995 e publicado no Diário de Justiça do dia 31.03.1995). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 09.12.2010.

Sanches no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 91/SE<sup>657</sup> em ordem a deixar claro que a declaração incidental só é possível, no controle concreto de constitucionalidade, com eficácia *inter partes*, e sujeita à deliberação do Senado Federal para que possa alcançar efeitos *erga omnes*.

Em que pese a divergência doutrinária<sup>658</sup> e também jurisprudencial<sup>659</sup> que imperou e ainda impera no tocante à adoção da técnica de transcendência dos fundamentos determinantes em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal<sup>660</sup>, o certo é que para matérias constitucionais específicas levadas a apreciação daquela Corte Jurídica tornou-se prática corrente a adoção dessa técnica decisória. Cite-se como exemplo as decisões proferidas em tema de inconstitucionalidades de

---

<sup>657</sup> Eis a parte que interessa da ementa da ADIn aludida: EMENTA: - Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. [...]. 5. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, em processo objetivo, como é o da ação direta de inconstitucionalidade, que impugna dispositivo de uma lei, em tese, não pode reconhecer, incidentalmente, a inconstitucionalidade de outra lei, que nem está sendo impugnada. Até porque a declaração incidental só é possível no controle difuso de constitucionalidade, com eficácia "inter partes", sujeita, ainda, à deliberação do Senado no sentido da suspensão definitiva da vigência do diploma, ou seja, para alcançar eficácia "erga omnes". 6. Ação Direta julgada procedente, declaradas inconstitucionais as expressões impugnadas. STF-ADI 91/SE, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 21.09.1995 e publicado no Diário de Justiça do dia 23.03.2001). Encontrável em <<http://www.STF.JUS.br>>. Acesso em 09.12.2010.

<sup>658</sup> Discorrendo sobre o julgamento da reclamação nº 4335/AC, que ainda não foi concluído pelo Supremo Tribunal Federal, Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira fazem considerações sobre as conseqüências de se equiparar o controle concentrado ao difuso, merecendo destaque a seguinte passagem: Portanto, parece óbvio que, se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença. É regra que o controle concentrado tenha efeitos *ex tunc* (a exceção está prevista na Lei nº 9.868/99). O controle difuso tem na sua *ratio* o efeito *ex tunc* entre as partes. (*A Nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*). Encontrável na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 09.11.2010.

<sup>659</sup> Essa certamente é a razão pela qual ainda não se deu, até a presente data (10.12.2010), cabo ao julgamento da reclamação nº 4335/AC, valendo aqui relembrar que o então Ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir o seu voto naquela assentada, manifestou-se tão-somente pela concessão de ordem de *Habeas Corpus* de ofício, sendo, pois, cauteloso quanto ao reconhecimento do debate da matéria ma via estreita da reclamação, para a qual se exige decisão com efeitos *erga omnes*.

<sup>660</sup> Embora passível de questionamentos, a técnica da transcendência dos fundamentos determinantes guarda estreita relação com o reconhecimento da desnecessidade de o Senado Federal suspender a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal para que esta passe a ter efeitos contra todos. Isso porque, processualmente falando, essa conseqüência já se verifica, sobretudo quanto se toma em consideração os comandos inscritos na cabeça e no § 1º-A do art. 557 do Código de Processo Civil. A comprovar o que aqui dito, tomem-se como exemplo as inúmeras decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no respeitante à progressão de regime prisional, as quais são diuturnamente construídas mediante despachos (QO no HC no 86.224-DF), muito embora ainda não se tenha a decisão definitiva da reclamação nº 4335/AC.

leis municipais, para as quais a Corte passou a estender a outras situações similares, com suporte no art. 557<sup>661</sup>, § 1-A, do Código de Processo Civil<sup>662</sup>, a decisão paradigma proferida em recurso extraordinário no qual foi a questão resolvida<sup>663</sup>. Ainda nesse sentido decisões prolatadas em recursos extraordinários que versam sobre COFINS e debatem a constitucionalidade do art. 8º da lei 9.718/84<sup>664</sup>.

Tudo o que foi até aqui exposto relativamente à técnica de transcendência dos fundamentos determinantes em sede de controle difuso de constitucionalidade, em verdade, tão-somente vem de reforçar entendimento já por outras vezes lançados nesta Dissertação, qual seja: o de que as alterações impostas ao longo dos tempos ao Código de Processo Civil brasileiro - dentre as quais a introdução do § 1º ao art. 557 e a introdução do parágrafo único ao art. 481 - desenharam um novo cenário para o controle difuso de normas no Brasil, cenário esse que tem como pilares central, de um lado, a prevalência dos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal sobre outras decisões proferidas pelos demais tribunais pátrios e, lado outro, a obsolescência da função do Senado Federal neste modelo de controle de constitucionalidade de normas.

---

<sup>661</sup> Imperativo legal estudado no Capítulo 4, item 4.2.1, desta Dissertação.

<sup>662</sup> Rememore-se as letras do imperativo citado: Eia Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

<sup>663</sup> Escrevendo sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco assim se expressam: "O Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal tem estendido, com base no art. 557, *caput*, e § 1º-A, do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de Municípios diversos". (*Curso de direito ...*, op. cit., p. 1035)

<sup>664</sup> EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. COFINS. Lei 9.718/98. RREE 336.134 e 357.950. 3. Apreciação e rejeição dos diversos argumentos de inconstitucionalidade em torno do art. 8º da Lei 9.718/98. 4. Inconstitucionalidade por infração à hierarquia constitucional entre as fontes normativas. Argumento desarrazoado à luz dos fundamentos determinantes dos *precedentes*. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 413154 AgR/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 29.08.2006 e publicado no Diário de Justiça do dia 29.09.2006).



#### **5.4. Ineficácia Material da Norma Declarada Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e Ineficácia Social do Dispositivo Constitucional que Concede Competência ao Senado Federal para Atuar no Controle Difuso de Normas**

Demonstrada a obsolescência do comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, coloca-se a questão central deste Capítulo, qual seja: a de saber-se qual o resultado prático da pronúncia difusa de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal relativamente à eficácia da norma sindicada e no pertinente à competência reservada ao Senado Federal pelo inciso X do art. 52 da Carta Política.

##### **5.4.1. Ineficácia Material e Ineficácia Formal da Norma Declarada Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal**

Tomando-se em linha de consideração as diferentes teorias que procuram explicar a norma jurídica<sup>665</sup>, não há dúvida de que, em princípio, a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ambiente difuso, continua existindo, porquanto o campo da existência diz com a competência para a criação da norma jurídica<sup>666</sup>. Se assim é, a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal somente deixará de existir quando a Corte entender que o órgão que a criou não era competente para tal e isso em ambiente de controle abstrato, não difuso.<sup>667</sup>

Ressalvada a hipótese de declaração de inconstitucionalidade abstrata em face da incompetência de iniciativa, ou seja, declaração da incompatibilidade formal<sup>668</sup>, a pronúncia de inconstitucionalidade feita difusamente pelo Supremo Tribunal Federal não interfere na vigência da

---

<sup>665</sup> Confira-se, dentre outros, Hans Kelsen, (*Teoria pura do direito*, p.p. 235-238); Hebert Hart (*O conceito de direito*, p. 103-109); Luigi Ferrajoli (*Conceito de direito*, 701-709); Miguel Reale (lições preliminares ..., op, cit., p.p. 93 a 115); Norberto Bobbio (*Teoria da norma jurídica*, p.p. 45-69).

<sup>666</sup> Confira-se Lúcio Bittencourt (*O controle jurisdicional da ...*, op. cit., p. 133), Paulo de Barros Carvalho (*Direito tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*, p.p. 75-83).

<sup>667</sup> *Ibidem*

<sup>668</sup> Relembre-se que o conceito de inconstitucionalidade formal foi estudado no Capítulo 1, item 1.4.2, desta Dissertação.

norma. Isso porque a declaração de incompatibilidade da lei ou do ato normativo do poder público com a Carta Política implica reconhecimento de sua invalidade, não se lançando luzes, portanto, sobre o campo da sua vigência<sup>669</sup>. Registre-se que a vigência está relacionada com o ingresso da norma no mundo jurídico, logicamente ao depois de constatada a sua existência.

Partindo-se do que foi até aqui colacionado quanto à existência e quanto à vigência da norma, fácil concluir que a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei ou de um dado ato normativo do poder público tem como consequência natural e inarredável a sua invalidade, querendo isso significar que norma inconstitucional é norma *ineficaz*, porque colidente com preceito(s) ou princípio(s) constitucional(ais).

Decorrente insuperável da proclamação da invalidação da norma jurídica pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso<sup>670</sup> é o reconhecimento da perda de *eficácia material*<sup>671</sup> dessa mesma norma, entendida a *ineficácia material* como a supressão da força de obrigatoriedade da norma, ou seja: perda da sua capacidade impositiva de observância motivada pela previsibilidade de sanções.

A *ineficácia material* dantes aludida pode ser retratada claramente com o seguinte exemplo: se uma sentença foi construída com fundamento em lei ou ato normativo do poder público declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando o referido julgado chegar à Corte Maior, será inevitavelmente rechaçado, tal significando dizer que a norma ou ato normativo do poder público, embora existente e vigente, não é válido, emergindo precisamente daí a sua *ineficácia material*.

Outros exemplos insuperáveis de *ineficácia material* de normas ou atos normativos do poder público podem ser extraídos dos

---

<sup>669</sup> Confirma-se Lúcio Bittencourt (*O controle jurisdicional da ...*, op. cit., p.p. 133-134).

<sup>670</sup> Tenha-se presente que, tal como já estudado no Capítulo 5, item 5.3.5, desta Dissertação, o Supremo Tribunal Federal vem aplicando a modulação dos efeitos da sentença em ambiente de controle difuso de normas.

<sup>671</sup> Relembre-se que o conceito de eficácia pressupõe justamente força de obrigatoriedade, ou seja: capacidade impositiva de observância motivada pela previsibilidade de sanções

enunciados de súmulas vinculantes. Isso porque, neles, a inaplicabilidade da norma é ainda mais explícita, à razão de que o comando constitucional assim o determina. É dizer: não se reveste de *eficácia material* a norma que tenha sido objeto de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, cabendo o manejo de reclamação àquela Corte Suprema toda vez que houver descumprimento do comando sumulado<sup>672</sup>.

Dentro dessa delimitação teórica, não há como se imaginar que uma lei ou ato normativo do poder público declarada(o) inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal possa continuar revestida(o) de qualidades impositivas e sancionatórias. Isso porque - repita-se - norma inválida equivale à norma desprovida de obrigatoriedade e, conseqüentemente, inapta à imposição de sanções.

A linha de raciocínio até aqui desenvolvida autoriza, pois, a conclusão segundo a qual a pronúncia de inconstitucionalidade operada pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso tem como conseqüência lógica e inevitável a *ineficácia material* da norma sindicada, a qual diz com a validade mesma da lei ou do ato normativo do poder público.

Esclareça-se, por oportuno, que a *ineficácia formal* da norma está ligada à edição de atos administrativos (Resoluções, por exemplo) que dêem publicidade<sup>673</sup> à pronúncia de incompatibilidade vertical feita pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso.

A função do Senado Federal estampada no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, portanto, diz tão somente com a *ineficácia formal* da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não com a sua *ineficácia material*, visto que esta última decorre da invalidade da norma, ou seja, da incompatibilidade vertical desta com a Constituição Federal. Decorre, ao fim e ao cabo, da Teoria Geral do Direito.

---

<sup>672</sup> Rememore-se que a recalitrância em não observar a súmula vinculante autoriza o manejo de reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal.

<sup>673</sup> Confira Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Braço (*Curso de direito ...*, op. cit. p. 1037).

#### **5.4.2. Ineficácia Social do Dispositivo Constitucional que concede Competência ao Senado Federal para Atuar no Controle Difuso de Normas**

Questão imprescindível para se concluir o presente Capítulo está em saber se o comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal está em vigor; e se em vigor está, se é válido e, se superados os campos da vigência e da validade, se o mesmo é eficaz sociológica e juridicamente, certo que é inquestionável a sua existência<sup>674</sup>.

Tomando-se em consideração as teorias sobre a norma jurídica, não parece restar dúvida de que o comando constitucional antes declinado encontra-se em vigor, à razão de que não houve norma constitucional posterior que o tenha expressamente revogado.

De outra parte, não há como se cogitar da sua revogação tácita ou por incompatibilidade com o art. 103-A - o qual foi inserido na Carta Política pela Emenda Constitucional 45/04 -, uma vez que a edição da especial súmula pelo Supremo Tribunal Federal, muito embora empreste efeitos vinculantes às suas decisões, não é ato decorrente e obrigatório da declaração de inconstitucionalidade de normas feitas pela Corte Maior em ambiente difuso, tanto mais porque as aprovações e as edições das referidas súmulas reclamam votação com quorum altamente qualificado.

A validade da norma constitucional em debate também não exige maiores discussões, tendo em vista que não houve, até a presente data, pronúncia do Supremo Tribunal Federal quanto à sua incompatibilidade horizontal com princípios postos naquela Carta Política ou mesmo com outro comando constitucional<sup>675</sup>.

---

<sup>674</sup> Confira-se Lúcio Bittencourt (*O controle jurisdicional da ...*, op. cit., p. 133).

<sup>675</sup> *Idem* p. 134.

Resta, pois, debater-se a *eficácia*<sup>676</sup> do dispositivo constitucional destacado (inciso X do art. 52), pois neste particular existem sim peculiaridades capazes de informar uma mudança no plano hermenêutico-constitucional do precitado imperativo da Constituição Federal.

Inicialmente, deve ser recordado que a *ineficácia* pode ser *material* ou *formal*, sendo certo que a primeira diz com o conteúdo da norma; ao passo que a segunda liga-se ao meio através do qual se reconhece legislativamente essa condição (ineficácia)<sup>677</sup>. Diga-se mais que a *ineficácia material* está necessariamente relacionada à invalidade da norma; ao tempo que a *ineficácia formal* pode ser atingida sem que a norma tenha sido declarada inválida<sup>678</sup> (revogação).

Relativamente ao inciso X do art. 52 da Constituição Federal, a abordagem terá que ser feita não só sob a perspectiva das *ineficácias materiais e formais*, mas sim e também sob a ótica das *ineficácias jurídicas e sociológicas*, cabendo desde logo assentar que aquelas (*jurídicas*) estão ligadas à aplicabilidade mesma da norma, enquanto que estas (*sociológicas*) recaem sobre a sua efetividade, sobre a sua eficiência, sobre a sua aceitação social, querendo isso significar alcance de sua finalidade<sup>679</sup>.

Discorrendo sobre a eficácia sociológica da norma jurídica, Norberto Bobbio deixa claro que a aceitação social do comando normativo é fundamental ao reconhecimento das suas capacidades impositivas e sancionadoras. A forma lapidar com a qual o mestre enfrenta essa temática exige a transcrição de suas letras<sup>680</sup>, *verbis*:

O problema de *eficácia* de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários

<sup>676</sup> *Idem* p.p. 133-134.

<sup>677</sup> Miguel Reale refere-se à validade formal ou técnico-jurídica, para entendê-la como vigência; à validade social, compreendida essa como eficácia ou efetividade; à validade ética, reconhecendo-a como fundamento (*Lições preliminares de ...*, op. cit., p. 105).

<sup>678</sup> É o caso da revogação da norma, tácita ou expressamente, com lembrado por Lúcio Bittencourt (*O controle jurisdicional da ...*, op. cit., p.p 131-133).

<sup>679</sup> Confira-se Miguel Rele (*Lições preliminares de ...*, op. cit. p.p. 112-115)

<sup>680</sup> *Teoria da norma jurídica*, p.p. 47-48.

da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida. Não é nossa tarefa aqui indagar quais possam ser as razões para que uma norma seja mais ou menos seguida. Limitamo-nos a constatar que há normas que são seguidas universalmente de modo espontâneo (e são as normas mais eficazes), outras que são seguidas na generalidade dos casos somente quando estão providas de coação, outras, ainda, que não são seguidas apesar da coação, e outras, enfim, que são violadas sem que nem sequer seja aplicada a coação (e são as mais ineficazes). A investigação para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade. Aqui também, para usar a terminologia doutra, se bem que em sentido diverso do habitual, pode-se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema *fenomenológico* do direito.

Para a perfeita compreensão da diferenciação que se busca fazer entre *ineficácia sociológica* e *ineficácia jurídica*, as anotações de Norberto Bobbio encaixam-se como uma luva. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal, dentro do atual cenário do controle difuso de constitucionalidade, como demonstrado no Capítulo 4 e lembrado no tópico anterior, tem como consequência primeira, a *ineficácia material* da norma sindicada e, como consequência segunda, a *ineficácia social* do comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, porquanto - reafirma-se -, após a pronúncia do Supremo Tribunal Federal, qualquer decisão judicial que a contrarie será, ao depois, reformulada pela Corte Suprema, e, isso, quando os tribunais ordinários não o fizerem.

Ora, se uma determinada norma ou ato normativo foi declarado inconstitucional difusamente pelo Supremo Tribunal Federal, ou ainda interpretado de forma diversa da que lhe tenha feito outro Tribunal ou órgão do poder público (controle de sentenças e atos normativos), não há dúvida de que qualquer outra decisão que chegue àquela Corte Maior, fundamentada naquela lei ou ato normativo do poder público já tido por

incompatível com a Constituição Federal, será sumariamente reformada com amparo no *precedente* firmado pela Corte Suprema, fato esse bastante a demonstrar a completa *ineficácia material* da lei ou do ato normativo do poder público apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>681</sup>

Se assim é, ou seja, se a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso de constitucionalidade opera *ineficácia material* da norma sindicada, não há como deixar-se de reconhecer que o comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal padece de *ineficiência prática*, tendo em conta que o objetivo por ele (dispositivo) colimado - suspensão da execução da lei - já é alcançado materialmente com a pronúncia de inconstitucionalidade operada pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso<sup>682</sup>.

Para eliminar qualquer possibilidade de reducionismo da temática, impende apontar que o inciso X do art. 52 da Constituição Federal não se encontra maculado pela *ineficácia jurídica*, porquanto se encontra em pleno vigor e fora regularmente inserido no mundo constitucional. O que aqui se defende - deixe-se claro - é que o referido imperativo legal, conquanto detenha *eficácia jurídica*, padece efetivamente de *ineficácia social*, à razão de que vem sendo sistematicamente questionado pela sociedade, especialmente pela comunidade jurídico-acadêmica<sup>683</sup>. Mais que isso: vem sendo também pungido pelo Congresso Nacional, qual não se cansa de aprovar normas constitucionais e infraconstitucionais que debilitam a função exercida pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade no Brasil<sup>684</sup>.

---

<sup>681</sup> Rememore-se que a recalitrância em não observar a súmula vinculante autoriza o manejo de reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal.

<sup>682</sup> Nunca é demais lembrar que a *ineficácia material* da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi demonstrada minuciosamente no Capítulo 4 desta Dissertação, especialmente quando se tratou da repercussão geral, da súmula vinculante e do incidente de arguição de inconstitucionalidade.

<sup>683</sup> Assim os escritos dos professor Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco já referidos nesta Dissertação e bem assim o Voto do Ministro Eros Grau proferido no julgamento da reclamação nº 4335/AC, também já citado neste Trabalho.

<sup>684</sup> São exemplos as normas infraconstitucionais que foram tratadas no Capítulo 4 desta Dissertação e também as Emendas Constitucionais que deram força aos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal, sendo exemplo a repercussão geral e a súmula vinculante.

Cabe ainda, à guisa de afastamento de reducionismo de argumento favorável à tese aqui defendida, transcrever o que Marcelo Neves<sup>685</sup> escreve quanto à diferença entre *eficácia sociológica* e a *eficácia jurídica*, *verbis*:

Não se deve confundir a eficácia em sentido real, sociológico, até aqui considerada, com a eficácia em sentido jurídico. Aquela diz respeito à conformidade das condutas à norma, o fato de ela ser realmente observada ou aplicada; esta significa a possibilidade de sua aplicação jurídica, ou melhor, a sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade. [...] Inegavelmente, em se tratando de normas gerais, quando há controle difuso, a invalidade poderia significar a sua inaplicabilidade e, portanto, falta de eficácia em sentido jurídico. Contudo, em face dos condicionamentos semântico-pragmáticos já analisados (plurivocidade significativa e pluralidade de órgãos), há apenas uma tendência à inaplicabilidade das normas gerais inválidas submetidas ao controle difuso, pois elas continuam, conforme a terminologia de Pontes de Miranda, em vigor, ou seja, com as características da incidibilidade e da aplicabilidade, enquanto não se emite o ato de suspensão definitiva da sua vigência.

Como se vê, existem autores de nomeada que, conquanto reconheçam a diferenciação entre *eficácia jurídica* e *eficácia sociológica*, ainda assim, defendem a importância do comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal.

Não há como negar que existem boas razões para se defender a *eficácia jurídica* do comando constitucional que, ainda hoje, possibilita a intervenção do Senado Federal no controle difuso de normas. De igual sorte, todavia, e frente a tudo o que foi posto nesta dissertação, especialmente as alterações constitucionais e infraconstitucionais recentemente trazidas ao controle difuso de normas no Brasil, torna-se inquestionável que existe campo lógico-argumentativo suficiente para se afirmar que, dado o atual cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, qual está assentado na prevalência dos *precedentes* firmados pelo

---

<sup>685</sup> *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p.p 51-52.



Supremo Tribunal Federal, o comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, além de marcado pela obsolescência, encontra-se fulminado pela *ineficácia sociológica* proclamada por Norberto Bobbio, sendo que o atual estado hermenêutico daquele comando constitucional decorre da sua *ineficiência prática*, qual pode ser resumida à seguinte assertiva: **a Resolução do Senado Federal, no atual cenário construído para o controle difuso de normas no Brasil, tem, unicamente, a função de proclamar a *ineficácia formal* da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.**

Registre-se, ao fim, que a *ineficácia sociológica*<sup>686</sup> aqui aludida, relativa ao inciso X do art. 52 da Constituição Federal, reforça o entendimento firmado pelo Ministro Gilmar Mendes<sup>687</sup> no sentido de que o ato praticado pelo Senado Federal no controle difuso de normas deve ter efeito meramente de publicidade, o que vem de ratificar a tese aqui defendida de que a função daquela Câmara Alta outra não é senão a de proclamar a *ineficácia formal* da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, certo que a *ineficácia material*<sup>688</sup> da norma investigada - repita-se - já fora alcançada com a pronúncia de incompatibilidade vertical levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal.

Como demonstrado, conquanto esteja envolto, ainda hoje, pela *eficácia jurídica*, o comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, qual concede ao Senado Federal o direito de intervir no controle difuso de normas no Brasil, jaz maculado pela *ineficiência prática* e, mais que isso, pela *ineficácia sociológica*, modo pelo qual se ousa sugerir a sua revogação expressa.

---

<sup>686</sup> Sobre ineficácia social, vale conferir o que lançado por Edihermes Marques Coelho (*Reflexões sobre vigência e validade, eficácia, efetividade e eficiência*). Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1817>

<sup>687</sup> (STF-Rlc 4335/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento ainda não concluído. Aguarda pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski). Assim também na obra conjunta com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (*Curso de direito ...*, op. cit., p. 1037).

<sup>688</sup> Sublinhe-se, para que não restem dúvidas, que a *ineficácia material* é da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao passo que a *ineficácia social* refere-se ao imperativo constitucional contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal.

## 5.5. Conclusões

O presente Capítulo serviu para revelar que a participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade no Brasil surgiu em um momento do Direito Constitucional pátrio marcado pelo abandono aos ensinamentos das escolas francesa e inglesa de Direito e pelo acolhimento das novidades anunciadas pela escola norte-americano de Direito, qual, até hoje, sustentada no *stare decisis*, concede ao Poder Judiciário a competência final para dizer sobre a compatibilidade de uma norma com a Constituição. A inclusão do Senado Federal no do controle de constitucionalidade no Brasil, deve, portanto, ser vista a partir dessa ótica, modo pelo qual há que ser compreendida como uma homenagem ao Poder Legislativo, qual, até a Constituição de 1891, detinha a palavra final sobre a constitucionalidade das normas no Brasil.

Emergiu ainda da pesquisa feita neste Capítulo que essa homenagem outrora prestada ao Senado Federal hoje não mais se justifica, até porque o próprio Poder Legislativo, mediante aprovação de alterações constitucionais (EC 03/93 e EC 45/04) e de várias modificações impostas ao Processo Civil brasileiro, concedeu ao Poder Judiciário instrumentos capazes de informar a perda de *eficácia material* da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso.

Apurou-se também, nesta fase da Dissertação, que a atuação do Supremo Tribunal Federal na via do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, na maior das vezes, especialmente em razão das novas técnicas de decisões aplicáveis a esse modelo de investigação de normas, não enseja declaração de inconstitucionalidade, antes controle de interpretações equivocadas da Constituição feitas em sentenças e atos normativos, fato que deixa ainda mais às claras a constatação de que a competência reservada ao Senado Federal, nesta modalidade de controle de normas, está obsoleta.

Restou claro, ao fim deste Capítulo, que a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, é atingida pela *ineficácia material* e que o comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal padece de *ineficiência prática* e, conseqüentemente, de *ineficácia social*, pelo que deve ser revogado em reformas constitucionais futuras

Em arremate, deve ser colacionado que a atual moldura que reveste a competência prevista no inciso X do art. 52 da Constituição Federal bem está a revelar que a atuação do Senado Federal tornou-se obsoleta e que essa obsolescência exerceu direta influencia na formação do novo cenário do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

## 6. Conclusões Finais

De tudo o que foi exposto nesta Dissertação, considerando-se como partes integrantes destas conclusões finais as observações expendidas nas conclusões feitas em cada um dos 05 (cinco) Capítulos elaborados, conclui-se finalmente que:

a) foi edificado um novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil;

b) essa nova moldura tem como pilares centrais a prevalência dos *precedentes* firmados pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de normas, a atuação desta Corte Maior como órgão de controle de sentenças e atos normativos e a obsolescência da atuação do Senado Federal na fiscalização difusa de constitucionalidade;

c) as pronúncias feitas pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente de controle difuso de constitucionalidade formam *precedentes* vinculativos, obstativos de recurso e persuasivos, modo pelo qual as normas que levaram as essas pronúncias acabam atingidas pela *ineficácia material*;

d) a obsolescência da atuação do Senado Federal no Controle difuso de constitucionalidade no Brasil é fato notório e comprovado, o qual atingiu seu ápice com a constatação da possibilidade de alcançar-se a *ineficácia material* da lei ou do ato normativo do poder público tido por inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal mediante a aplicação das técnicas de prevalência dos *precedentes*, com destaques para a súmula vinculante (*precedente* vinculativo) e para a repercussão geral (*precedente* persuasivo e, em certa medida, obstativo de recurso);

e) não há porque se manter a intervenção do Senado Federal no controle difuso de normas se tal não é exigido no controle abstrato das mesmas, tanto mais quanto se tem em linha de consideração que na pronúncia de

inconstitucionalidade, quer em ambiente difuso, que concentrado, o que vai a julgamento não é caso concreto em si, antes a verificação de compatibilidade da norma com a Constituição Federal;

f) o comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, o qual concede ao Senado Federal competência para autuar no controle difuso de normas, encontra-se maculado pela *ineficiência prática* e pela *ineficácia social*, razão pela qual deve ser revogado em futuras reformas constitucionais;

g) estatisticamente falando, o controle difuso de normas feito pelo Supremo Tribunal Federal em ambiente difuso funciona mais como um controle de sentenças e atos normativos que propriamente como um controle de compatibilidade vertical de normas com a Constituição Federal;

## 7. Bibliografia Consultada.

- ANDRADE, Paes; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, tradução por Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo, Landy, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVIM, Thereza. *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1977.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição Federal e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*. Curitiba: Juruá editora, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida Editora, 1977.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1998. v. 3.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.
- BARBOSA Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. Trabalhos jurídicos, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.
- \_\_\_\_\_. *Collectanea Juridica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1928.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2000.

- \_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.
- BITAR, Orlando. *Obras completas de Orlando Bitar, 3º volume*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle constitucional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BUZUID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Juízes Legisladores*. Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrián Sotero Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COSTA, Emília Viotti. *O supremo tribunal federal e a construção da cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALARI, Dalmo de Abreu. “Efeito vinculante: prós e contras”, (em especial sobre a Reforma do Judiciário). *Revista Consulex* nº 3, 1997.

DICIONÁRIO, *Lexikon de Filósofica*. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: (<http://www.filoinfo.bemvinndo.net/filosofia/modules/lexico/entry.php?entryID=644>).

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 6ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA Paula Sarno, Oliveira Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4ª Ed. V. 02. Salvador: Editora Podivm, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Tradução por Geraldo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Diaz Masrtín. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional comparado: o poder constituinte*. São Paulo: Bushatsky, V. 1, 1974.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro. V. 1, 1958, v. 2, 1960.



- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y La argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, volume I, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. *Curso de Direito Processual Civil Brasileiro*. 2º v. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997
- HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Temas fundamentais do direito constitucional: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HESSE, Konrad; HÄBERLE, Peter. *Estúdios sobre la jurisdicción constitucional (com especial referencia al tribunal constitucional alemán)*. México: Editorial Porrúa, 2005.
- HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- HORTA, Raul Machado. *Estudo de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Traducción de la segunda edición alemana de Fernando de Los Rios: Buenos Aires: editorial Albatros, 1981.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 3ª Ed. Coimbra: Armênio Machado Editora, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do estado*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. Tradução do Italiano de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins fontes, 2003 .

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

LEAL, Saul Tourinho. *Controle de constitucionalidade moderno*. Niterói: Impetus, 2010.

LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES COELHO, Edihermes. *Reflexões sobre vigência e validade, eficácia, efetividade e eficiência*. Encontrável no seguinte endereço eletrônico: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1817>)

MACHADO, Antônio Carlos da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 7ª ed. Barueri: Manole, 2008.

LIMA, Leonardo D. Moreira Lima. *Stare Decisis e Súmula Vinculante: um Estudo Comparado*. Disponível em: <<http://www.puc-rio.br>>. Acesso em: 05.12.2010.

MEDEIROS, Ruy. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, Série IDP, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993*. In: *Ação declaratória de constitucionalidade*. Coord. Ives Granda da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. *Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade*. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 22ª ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 24ª ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Controle abstrato de normas no âmbito do Estado-Membro e recurso extraordinário*. Direito administrativo, contabilidade e administração, São Paulo, nº 4, abril, 1988, p. 21-28.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, nº. 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 149.

\_\_\_\_\_. *O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 34, n. 134, abr./jun. 1997, p. 11.

\_\_\_\_\_. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

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

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª ed.. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed., Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora,

MIRANDA, Pontes de Miranda. *Comentários à constituição de 1967, com a Emenda de 1969*. 3ª ed. , tomo 3. São Paulo: Forense.

\_\_\_\_\_. *Fontes e evolução do direito brasileiro*, forense, 1928, p. 94.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, parte geral*. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, A. L. Machado. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERELMAN, Chaïm; Olbrechts-Tyteca, Lucie. *A nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Embargos à execução e decisão de inconstitucionalidade : relatividade da coisa julgada : CPC art. 741, parágrafo único : MP 2.180*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 2, p. 99-107, maio 2003, p. 102.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª. Ed., 2001.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vícios e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Leda Bochat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileiras, t. 4, v. 1, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 22ª ed. V. 3. Revisada por Aricê Moacir Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHIMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Coordenador e Supervisor Luiz Moreira. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la constitución*. Trad. Esp. México. Ed Nacional, 1970.

SEGADO, Francisco Fernández. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 4, julho/dezembro, p.p. 145/208, 2004.

\_\_\_\_\_, *La jurisdicción constitucional en España*, Bogatá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahira, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. Positivo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SMEND, Rudolf. *Constitucion y derecho constitucional*. Traducción de José Mª Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 09.11.2020.

\_\_\_\_\_. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TREIXEIRA FILHO, Manoel Ant nio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público*. São Paulo: Editora LTr, 1985.

TERMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 40ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994

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

TUSHNET, Mark. *Ceticismo sobre o judicial review: uma perspectiva dos Estados Unidos. Limites do controle de constitucionalidade*. Organizadores: Ant nio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a  tica dos sistemas de Niklas Luhman*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2006.

\_\_\_\_\_. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAGREBELSIKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1977.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único, do CPC*. Revista de Processo. São Paulo, nº 125, p. 79-91, julho 2005.