



MOACIR RIBEIRO DE LAVOR

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE E O INSTITUTO DA SÚMLA
VINCULANTE NO BRASIL.

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília
UniCEUB.

Orientadora: Leyza Ferreira Domingues.

BRASÍLIA
2013.

A todos que contribuíram para o meu aperfeiçoamento.

RESUMO

O presente trabalho monográfico destina-se a analisar o fenômeno da abstrativização do controle concreto-difuso via súmula vinculante. Primeiramente realizamos o estudo dos elementos relacionados ao fenômeno separadamente e, para os que entendemos mais importantes, fizemos um levantamento histórico para sua melhor compreensão, pois com o tempo perderam suas características iniciais ou foram incorporando novas, até chegarem ao Brasil. Em seguida procuramos analisar as relações entre os elementos selecionados, visando apontar suas consequências. A partir da pesquisa, concluímos que a utilização da súmula vinculante apresenta diversas impropriedades e que o fenômeno da abstrativização transcende em muito a questão da incapacidade do judiciário de atender à demanda de processos, pois envolve: direitos e garantias fundamentais, legitimidade do STF, normatividade e proteção da Constituição, repartição das funções dos Poderes e livre convencimento do magistrado.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Sistemas. Precedente. Súmula Vinculante. Supremo Tribunal Federal. Abstrativização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.	
1.1 - Os Direitos e suas classificações.....	07
1.2 - Constituição, Poder Constituinte e Poder Reformador.....	08
1.3 - O fenômeno da (in)constitucionalidade.....	09
1.4 - Controle da (in)constitucionalidade.....	11
1.4.1- Controle da (in)constitucionalidade no Brasil.....	14
1.4.2- Características essenciais do controle concreto-difuso.....	16
1.5 - Interpretação e Jurisprudência.....	16
2 - COMMON LAW, CIVIL LAW, , PRECEDENTE E SÚMULA VINCULANTE.	
2.1 - Surgimento dos sistemas.....	20
2.1.1 - Atuação dos magistrados nos sistemas: criação e declaração.....	26
2.1.2 - O problema da utilização do precedente no <i>civil law</i>	30
2.4 - A súmula vinculante.....	31
2.4.1 - O sistema de precedentes e a súmula vinculante.....	33
2.4.2 - A diferenças dos precedentes e da súmula vinculante e dos seus sistemas.....	37
2.4.3 - Análise da legislação da súmula vinculante.....	39
2.4.4 - A transcendência dos motivos determinantes.....	46
3 – A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.	
3.1 – Atuação do Supremo Tribunal Federal.....	49
3.2 – Controle de constitucionalidade no Supremo e a garantia de direitos fundamentais.....	51
3.3 - Crítica à extensão do efeito <i>erga omnes</i> ao controle concreto-difuso.....	55
4 – ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.	
4.1 – Conceito e contextos da abstrativização.....	60
4.2 – Críticas à abstrativização e os efeitos do controle difuso de constitucionalidade..	67
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIA	80

INTRODUÇÃO

Atualmente vivemos um processo de politização do judiciário que levou o Supremo Tribunal Federal a um lugar de destaque. O aumento do seu poder ocorreu por: atuação do próprio STF, produção legislativa e inércia do Poder Legislativo. Entretanto, nem sempre foram respeitados os procedimentos técnicos, legais ou legítimos o que provocou o surgimento de oposição em diversos segmentos da sociedade, inclusive dentro do próprio STF.

Para esse processo colabora a chamada abstrativização do controle concreto-difuso realiza pela súmula vinculante e procedemos a sua análise para verificar sua adequação com o sistema jurídico brasileiro. O tema é de grande relevância social, pois o fenômeno põe em relevo um controle de constitucionalidade menos democrático e que dificulta o acesso à jurisdição constitucional.

Por meio de pesquisa dogmática e instrumental, das técnicas bibliográfica, documental, jurisprudencial e comparativa, foram analisados institutos relacionados ao tema como: Constituição, sistemas, jurisprudência, sistemática dos precedentes no *common law* e súmula vinculante no *civil law*, jurisprudência e interpretação. Também realizamos análise da Constituição Federal de 1988, Emenda Constitucional nº 45/04 e Lei 11.417/200, pois são legislações que tratam diretamente do tema. Consideramos de grande importância para a realização do trabalho os seguintes autores: Lenio Luiz Streck, Oscar Vilhena Vieira, André Ramos Tavares, Gilmar Ferreira Mendes, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Guilherme Marinoni, René David, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Patrícia Perrone Campos Mello, Glauco Salomão Leite e Mauro Cappelletti.

Dividimos o trabalho em alguns capítulos e inicialmente procuramos realizar o estudo de alguns elementos e conceitos que se relacionam e que entendemos indispensáveis para sua compreensão. Assim explicamos: porque os Direitos são diferentes e como é possível classificá-los; qual a importância da Constituição para a sociedade, como ela surge e se modifica e quais são os Poderes que atuam nessas situações; que existem fenômenos que contrariam a Constituição, como se manifestam e quais os mecanismos que realizam o seu controle; que no Brasil temos um controle misto de constitucionalidade representado pelo concentrado-abstrato e concreto-difuso e as características deste; e tecemos alguns comentários a respeito da interpretação e da jurisprudência por estarem intimamente relacionados com a abstrativização realizada pela súmula vinculante.

No segundo capítulo iniciamos com o estudo das famílias que exercem até os dias atuais mais influência sobre o direito brasileiro, denominadas de *common law* e *civil law*. Foram abordados aspectos como: atuação mais criadora ou declarativa dos magistrados e como se realiza a produção de normas em cada um; O problema da utilização do sistema de precedente no *civil law*. Dedicamos parte do capítulo a um pequeno estudo do instituto brasileiro da súmula vinculante, procurando saber até que ponto é possível realizar um paralelo do precedente com a súmula vinculante e apontando diferenças entre precedente, súmula vinculante, sistema do *common law* e *civil law*. Procedemos à análise da EC 45/2004 e da Lei 11.417/2006 que trazem as principais disposições sobre a súmula vinculante; e para finalizar estudamos a transcendência dos motivos determinantes procurando compreendê-la e determinar as suas consequências.

No terceiro capítulo dedicamos atenção especial ao Supremo Tribunal Federal, evidenciando quais os motivos do aumento da sua atuação, poder e prestígio e como todo esse processo faz parte de um movimento maior conhecido como politização do judiciário; Trouxemos o resultado da análise das decisões, apontando os principais beneficiados e quais os argumentos que mais sensibilizam os seus ministros e como isso influencia na atuação dos legitimados; e, finalizando, foi realizada uma análise crítica do resultado da aproximação dos controles com a extensão do efeito *erga omnes* ao controle concreto-difuso.

No último capítulo voltamos nossa atenção para o fenômeno da abstrativização e, fizemos uma análise superficial das suas principais manifestações e algumas considerações a respeito do entendimento do STF de que seria possível estender os efeitos *erga omnes* do controle concreto-difuso para o concentrado-abstrato, mesmo tendo sido estabelecido tal diferenciação doutrinariamente e pela Constituição de 88 e de que caberia ao SF dar publicidade às suas decisões e que isso decorreria de uma possível mutação constitucional.

1 - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.

1.1 - Os Direitos e suas classificações.

Iniciaremos nosso trabalho discorrendo sobre a Constituição tendo em vista sua importância para o tema que iremos desenvolver. A palavra constituição pode significar a lei maior de um Estado¹ que existe em muitos sistemas jurídicos. Ela é a ordem jurídica fundamental que compatibiliza legitimidade material com mudanças na política do Estado para atender as necessidades da sociedade², pois no seu texto encontraremos normas que estabelecem condicionantes para a futura legislação.

A Constituição em sentido estrito é formada pelas regras: de criação de normas para o funcionamento do Estado; que organizam os entes estatais; e que estabelecem o procedimento legislativo.³ A delimitação do conteúdo que compõem a Constituição nós dá o seu conceito material.⁴ A norma inserida na Constituição passa a ter qualidades especiais dentro do sistema, como por exemplo, maior dificuldade para sua modificação e superioridade em relação às outras normas não constitucionais.⁵ Mas nem sempre as normas nela introduzidas tem importância necessária para serem consideradas constitucionais, o que significa dizer que a norma, apesar de não ser materialmente constitucional, poderá ser formalmente constitucional por passar a ter a qualidades inerentes às normas constitucionais.

A Constituição promove estabilidade, racionalidade e garantia para o Estado. Na Constituição se trata de matérias de grande relevância, por exemplo: normas que organizam o poder, distribuem a competência dos Poderes, estabelecem a forma de governo e os direitos da pessoa humana. As Constituições refletem nos seus textos valores, grau de desenvolvimento, esperanças e desejos do seu povo.⁶

Quando falamos em Constituição estamos nos referindo ao ordenamento do Estado e ao povo território e população e no seu texto encontraremos normas que estabelecem condicionantes para a futura legislação⁷, que são gerais e com certa abertura e que precisam se

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011. p. 81

² Ibidem, p. 1001.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1000.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011. p. 81.

⁵ Ibidem, p. 81-82.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 16.

⁷ Ibidem, p. 1000.

interpretadas para serem aplicadas e atender às necessidades sociais que estão em constante mudança, sejam políticas, econômicas, tributárias, etc.⁸

Não existe apenas um tipo de Constituição e cada país procura adotar a forma mais adequada a sua necessidade/sociedade.⁹ A Constituição Brasileira é analítica ou prolixa porque traz no seu texto uma grande quantidade de normas¹⁰.

1.2 – Constituição, Poder Constituinte e Poder Reformador.

Já sabemos que a Constituição é a norma fundamental que trata de assuntos de grande importância. Para o seu surgimento é necessária a atuação de um Poder resultante das forças da sociedade em um determinado momento histórico.¹¹ Essa força política que se manifesta de forma consciente e cria a Constituição é denominada de Poder Constituinte Originário. Ele é inicial, ilimitado e incondicionado.¹² Inicial por ser a sua força política que provoca a ruptura e respalda as modificações, fazendo surgir a nova ordem constitucional. Ilimitado no sentido de que, respeitando a ordem política anterior legitimamente estabelecida, poderá promover quantitativa e qualitativamente as mais diversas modificações.¹³ Incondicionado por não haver quase nada que o condicione.¹⁴ Ele tem como base a nação que representa, logo, está relacionado a valores como religião e cultura da nação e para se perpetuar deverá preservá-los e respeitá-los.¹⁵ Uma vez que o Poder Constituinte Originário se manifesta e edita uma Constituição, nela ele continua sempre presente e disso decorre sua qualidade de permanente.¹⁶

Mas a sociedade muda e novas necessidades surgem, precisando a Constituição ser modificada. Por isso o Poder Constituinte Originário institui um Poder de Reforma para

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1001.

⁹ *Ibidem*, p. 14-15.

¹⁰ *Ibidem*, p. 16.

¹¹ *Ibidem*, p. 197.

¹² *Ibidem*, p. 197-198.

¹³ *Ibidem*, p. 198.

¹⁴ *Ibidem*, p. 198.

¹⁵ *Ibidem*, p. 199.

¹⁶ *Ibidem*, p. 200.

realizar esse trabalho de ajuste da Constituição.¹⁷ São denominações que se referem ao Poder de Reforma: constituído, constituinte derivado, instituído ou constituinte de segundo grau.¹⁸

A própria Constituição prevê como o Poder Reformador realizará a sua alteração¹⁹ que poderá ser tanto por emenda ou revisão do texto, mas deverá observar os procedimentos e limitações previstos e por isto é considerado: limitado; condicionado; e não inicial.²⁰ São limitações ao Poder de Reforma: a) procedimental é a que decorre da exigência de quórum especial para se efetivar Emenda à Constituição e da restrição dos legitimados para propor a emenda; b) circunstancial a que ocorre na intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa, pois são situações que não permitem a modificação do texto constitucional;²¹ e c) material é a que decorre da existência de partes da Constituição que não podem ser modificadas, exemplo: cláusulas pétreas.²²

1.3 - O fenômeno da (in)constitucionalidade.

A Constituição é a lei fundamental do sistema jurídico e todas as demais leis devem estar de acordo com ela. Como regra geral é considerada Constitucional a norma ou conduta que apresenta conformidade com a Constituição, caso contrário, estamos diante de uma inconstitucionalidade.²³ Reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei é considerá-la inválida, o que resultará na sua ineficácia. Logo, declarar uma norma inconstitucional é considerá-la inaplicável.²⁴ Isso significa que se a lei não está em conformidade com a Constituição ela vai ser considerada nula. Esta situação não permite convalidação, pois existe um vício na origem. Ora, sendo uma lei inconstitucional, os efeitos da decisão são declaratórios de uma situação que ocorreu no início da existência da lei.

A declaração de inconstitucionalidade é na verdade uma manifestação negativa,²⁵ não implica em sanção e não retira a norma do ordenamento jurídico, pois é necessário que exista um órgão que realize essa tarefa.²⁶ Pode ser aferida de mais de uma forma. Assim podemos

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 213.

¹⁸ *Ibidem*, p. 214-213.

¹⁹ *Ibidem*, p. 213.

²⁰ *Ibidem*, p. 213.

²¹ *Ibidem*, p. 215.

²² *Ibidem*, p. 215.

²³ *Ibidem*, p. 1001-1002.

²⁴ *Ibidem*, p. 36.

²⁵ *Ibidem*, p. 1003.

²⁶ *Ibidem*, p. 1003.

observar as condições de existência da norma, como por exemplo, se foi elaborada por autoridade competente ou, ainda, se decorre de omissões ou ações dos Poderes Públicos.²⁷

A inconstitucionalidade se manifesta de diversas formas²⁸ e por isso existem diversos critérios para verificar a sua existência²⁹ e para classificá-la. Ocorre a inconstitucionalidade formal quanto fixamos nossa atenção no procedimento de formação da lei e este apresenta vício,³⁰ exemplo: quando o legislativo produz uma lei deve observar se foi respeitada a competência e/ou o procedimento, pois caso contrário se estará diante de uma impropriedade.³¹

Vícios materiais se relacionam com o conteúdo.³² A inconstitucionalidade material ocorre: a) quando o conteúdo da norma está em desacordo com a Constituição³³ e b) quando se verifica desvio ou excesso de Poder Legislativo³⁴ no exercício discricionário da sua função.³⁵

Quando ocorre a produção de um ato normativo incompatível com a Constituição estamos diante da inconstitucionalidade por ação.³⁶ Os modelos de controle de constitucionalidade brasileiros foram criados para retirar ou paralisar a eficácia da norma, logo, visam solucionar esse tipo de inconstitucionalidade.³⁷ Por vezes a Constituição determina que se produzam atos normativos e no caso de um *non facere*, temos uma inconstitucionalidade por omissão.³⁸

Existem situações que justificam a criação das leis, mas mesmo elas podem prejudicar o funcionamento do sistema jurídico, por não estarem funcionando harmoniosamente dentro dele, o que justifica sua retirada do mundo jurídico. É o que ocorre, por exemplo, quando outra lei é criada para regular uma mesma matéria de forma diferente, ou quando a nova lei

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1004.

²⁸ Ibidem, p. 1010.

²⁹ Ibidem, p. 47-48.

³⁰ Ibidem, p. 1011.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1013.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1013.

³⁵ Ibidem, p. 1013.

³⁶ Ibidem, p. 1025.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54.

³⁸ Ibidem, p. 54.

contraria outra de maior *estatus*. Porém, mesmo a sua retirada do sistema deve ser feita em conformidade com o mecanismo de correção do sistema jurídico³⁹ denominado de controle de constitucionalidade.

1.4 - Controle da (in)constitucionalidade.

A Constituição do Estado é um conjunto de normas que serve de parâmetro e que se insere dentro de um sistema jurídico.⁴⁰ É através do controle de constitucionalidade que se verifica/realiza a conformidade das leis com a Constituição.

A Constituição tem superioridade dentro do sistema jurídico se comparada com as demais normas e seus comandos vinculam os Poderes Públicos.⁴¹ Além disso, é exigido processo especial e mais difícil de ser realizado para elaboração e modificação de suas normas. Essas duas qualidades, superioridade e dificuldade de mudança, nos remetem as premissas necessárias para que exista o controle de constitucionalidade: supremacia e rigidez.⁴² A razão destas premissas decorre do fato de alguns direitos previstos na Constituição serem extremamente relevantes para a sociedade e a sua proteção é o motivo para a existência do controle de constitucionalidade.⁴³

Existem várias formas de se exercer o controle de constitucionalidade o que possibilita algumas classificações. Quando evidenciamos a natureza do órgão que exerce o controle obtemos o controle político e o judiciário. Controle político é um controle de constitucionalidade realizado fora do judiciário, ou seja, pelo Poder Legislativo ou Executivo. Como exemplo de controle legislativo temos o realizado na Câmara e Senado por Comissões de Constituição e Justiça e outras comissões. No executivo é exemplo de controle de constitucionalidade político o veto presidencial à proposição legislativa.⁴⁴ O controle político parlamentar é largamente utilizado na França.⁴⁵ O controle judicial é exercido por órgão integrante do judiciário, ou seja, é no judiciário que se tem a decisão final sobre se está ou não uma norma condizente com a Constituição. No Brasil predomina o controle de

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 1. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008. p. 37-38.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1004.

⁴² Ibidem, p. 23-24.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1005.

⁴⁵ Ibidem, p. 64.

constitucionalidade judicial, mas existe a possibilidade do controle de constitucionalidade ser exercido pelos outros Poderes.⁴⁶

Quando estamos ressaltando, no nosso estudo do controle de constitucionalidade, o modo ou a forma de controle, podemos classificá-lo como incidental ou principal. O controle incidental ocorre dentro de um processo que envolve partes e a inconstitucionalidade é uma questão prejudicial que deve ser resolvida⁴⁷ para que se chegue à solução do litígio entre as partes. É conhecido também como *incidenter tantum*.⁴⁸ Controle de constitucionalidade por via principal é o que ocorre quando não se está analisando o caso concreto. O que se analisa é a validade da lei em si. Não está em questão direito de ordem subjetivo. Neste se busca a ordem do sistema jurídico, tendo por base a Constituição.⁴⁹ Nesse caso estamos impugnando a lei *in abstracto*, pois não há partes envolvidas no processo.⁵⁰

Quando levamos em consideração o momento em que o controle de constitucionalidade é exercido, temos duas classificações: preventivo ou repressivo.⁵¹ Realiza-se o controle prévio ou preventivo antes que o projeto de lei seja convertido em lei.⁵² As Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso Nacional e o veto do Presidente da República são exemplos desse controle.⁵³ Normalmente o controle preventivo não é exercido pelo judiciário, mas no Brasil temos controle judicial preventivo quando ocorre a impetração por parlamentar de mandado de segurança visando impedir a tramitação de projeto de Emenda Constitucional que seja lesivo às cláusulas pétreas.⁵⁴ Após a entrada da lei em vigor o controle de constitucionalidade é exercido, normalmente, pelo judiciário de forma repressiva,⁵⁵ visando paralisar a eficácia da lei. Esse controle é conhecido também como sucessivo ou a *posteriori*.⁵⁶

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 66.

⁴⁷ Ibidem, p. 1006.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72.

⁴⁹ Ibidem, p. 73.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1006.

⁵¹ Ibidem, p. 1006.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1007.

⁵⁴ Ibidem, p. 1007.

⁵⁵ Ibidem, p. 1007.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69.

Se levarmos em consideração quem irá realizar o controle judicial de constitucionalidade das leis, poderemos classificá-lo em dois grandes grupos: o primeiro denominado de sistema difuso que tem por característica principal o fato de poder ser realizado por todos os órgãos pertencentes ao Judiciário e que ocorre em determinado processo. É mais antigo que o concentrado.⁵⁷ Também é conhecido como sistema americano pelo fato de ter sido no Estados Unidos da América utilizado pela primeira vez.⁵⁸ Nesse modelo de controle todos os juízes ou tribunais podem dizer se há inconstitucionalidade da norma. Podemos dizer que a competência está espalhada ou dispersa, daí decorrendo a sua denominação.⁵⁹

Ocorrem problemas para os países que adotam o sistema difuso de controle de constitucionalidade. Para explicar vamos imaginar que em um caso concreto é negada a aplicação de uma lei por ser considerada inconstitucional. Nesse caso os efeitos da decisão estão limitados às partes do processo e ela foi emitida segundo o entendimento de uma determinada corte. Podemos ponderar que outra corte do mesmo sistema jurídico pode entender ser a lei constitucional e assim teríamos duas respostas para um mesmo problema. Pode ocorrer ainda de outras partes poderem entrar com o mesmo pedido para a mesma corte, elevando sobre maneira o número de processos a serem examinados e que estão relacionados a um mesmo fato sem que seja dado um fim ao problema da lei ser inconstitucional.⁶⁰ Esse estado de coisas levaria os jurisdicionados a um estado de incerteza e insatisfação com relação ao serviço jurisdicional prestado pelo Estado, pela possibilidade de duas respostas e demora na prestação jurisdicional. A Suíça, como proposta de solução do problema, resolveu dar eficácia *erga omnes* para a decisão proferida pelo órgão supremo de justiça ordinária no caso de uma lei considerada inconstitucional, o que acabou por criar um sistema misto com controle difuso e concentrado.⁶¹

O sistema concentrado poderia ser chamado de sistema austríaco ou francês por ter nesses países se desenvolvido inicialmente.⁶² É normalmente exercido por um órgão judicial de hierarquia superior⁶³, mas pode existir mais de um,⁶⁴ ou até mesmo por órgão independente

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 68.

⁵⁸ Ibidem, p. 67-68.

⁵⁹ Ibidem, p. 69.

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 78.

⁶¹ Ibidem, p. 79.

⁶² Ibidem, p. 68.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1005.

que não pertence a qualquer um dos Poderes, mas que exerce jurisdição constitucional⁶⁵ conhecido como Corte Constitucional. Dois pontos devem ser evidenciados nesse sistema: o primeiro se refere à importância da lei se comparada com as outras fontes do direito e o segundo é a preocupação em que seja respeitada a divisão dos poderes dos juízes, pois os juízes em geral podem realizar a interpretação e aplicação da lei, mas somente os juízes do Tribunal/Corte Constitucional podem declarar a inconstitucionalidade da lei.⁶⁶ Em regra a última palavra pertence à Corte superior que produz uma decisão vinculativa para os demais órgãos. Ambos os sistemas se espalharam pelo mundo e atualmente são utilizados em diversos países.⁶⁷

Quando em um mesmo sistema de controle de constitucionalidade temos o controle difuso e o controle concentrado, estamos diante do controle misto de constitucionalidade. Nesse sistema geralmente ocorre separação do controle. O controle jurisdicional das ações e processos judiciais é realizado pelos órgãos ordinários do judiciário e o controle de constitucionalidade abstrato ou concentrado é exercido por um órgão de cúpula, podendo ser um Tribunal Supremo ou uma Corte Constitucional.⁶⁸ No Brasil temos esse tipo de controle com um Tribunal Supremo.

1.4.1 - Controle da (in)constitucionalidade no Brasil.

Nas Constituições Brasileiras o controle de constitucionalidade se manifestou de diversas formas. Na Constituição de 1824 cabia ao Poder Legislativo: fazer, interpretar, e revogar as leis. Logo, existia um controle político. O Parlamento era soberano e não havia qualquer controle de constitucionalidade judicial.⁶⁹ Na Constituição de 1891 surge a previsão da intervenção da magistratura por provocação da parte, inaugurando o controle incidental de constitucionalidade.⁷⁰ Ela também reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das justiças dos Estados.⁷¹ Na reforma constitucional de 1926

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1005.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 85.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 72.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1006.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 1033-1034.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 1034.

⁷¹ *Ibidem*, p. 1035.

ocorreram algumas modificações no controle de constitucionalidade, mas já era pacífico que cabia ao Poder Judiciário exercê-lo.⁷²

Uma vez consolidado o controle judicial de constitucionalidade, na Constituição de 1934 foi estabelecido: que a declaração de inconstitucionalidade dar-se-ia pela maioria da totalidade dos membros dos tribunais, para que se evitasse a insegurança jurídica decorrente de mudanças de entendimento que ocorriam nos tribunais; que seria competência do Senado Federal suspender a execução de normas que tivessem sido declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário⁷³ e de dispositivos regulamentares do Poder Executivo considerados ilegais.⁷⁴

Analisando a Constituição de 1937 verifica-se a proibição do Supremo Tribunal Federal conhecer de questões que fossem exclusivamente políticas e a possibilidade do Presidente da República submeter novamente ao Parlamento lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, caso fosse confirmada a sua validade, a decisão dele se tornaria insubsistente,⁷⁵ o que demonstra que o controle político alcançou um lugar de destaque.

Na Constituição de 1946 o Presidente da República perde a competência atribuída pela Constituição de 1937. Permanece a atribuição do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e surge o controle concentrado-abstrato destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.⁷⁶ A Constituição de 1967 não trouxe grandes mudanças ao sistema de controle de constitucionalidade.⁷⁷

Com a Constituição de 1988 tivemos um aumento da proteção judicial e do controle de constitucionalidade das leis. Como exemplo podemos citar: o *Habeas corpus* que protege o direito de ir e vir; o mandado de segurança para proteger direito líquido e certo; o *habeas data* garantindo direito de obter informações; o mandado de injunção utilizado contra omissão de órgão com poder normativo.⁷⁸ Nela o controle concentrado-abstrato de constitucionalidade é

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1036.

⁷³ *Ibidem*, p. 1036-1037.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 1038.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 1040.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 1044.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 1044.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 1051-1052.

aumentado e passa a ser exercido pela ação direta de inconstitucionalidade e pela ação declaratória de constitucionalidade.⁷⁹

1.4.2 - Características essenciais do controle concreto-difuso.

No Brasil utilizamos um modelo misto de controle de constitucionalidade o que significa dizer que tal controle pode ser concreto-difuso ou concentrado-abstrato, tendo cada um suas características próprias.⁸⁰

Os modelos de controle mencionados são realizados pelo judiciário. O controle concreto-difuso é incidental e constitui a única forma de acesso do cidadão comum para a defesa de direitos subjetivos constitucionais. Manifesta-se em uma ação judicial na qual surge o questionamento acerca da inconstitucionalidade de uma lei utilizada para a resolução do litígio. O juiz, entendendo a inconstitucionalidade da norma, negará a sua incidência ao caso. Em regra, podem questionar a constitucionalidade da lei tanto o autor quanto o réu, podendo ocorrer no primeiro ou segundo grau. Até mesmo o órgão julgador poderá suscitar a inconstitucionalidade da norma. Não há um processo especial para o questionamento da constitucionalidade, sendo assim, pode ocorrer em processo de conhecimento ou cautelar, mas é necessária a existência de um conflito. O que pretende quem questiona a constitucionalidade é que o direito subjetivo do interessado possa ser exercido e não que a lei seja declarada inconstitucional. A inconstitucionalidade pode dar-se em qualquer tipo de procedimento. Pode ocorrer ainda em normas dos três níveis de Poder: Federal, Estadual ou Municipal e pode dar-se sobre atos normativos secundários.⁸¹

O que se pretende no controle incidental é o reconhecimento de um direito que não pode ser exercido pela incidência de uma lei. Assim, a inconstitucionalidade é uma questão prejudicial que tem que ser resolvida para que o objeto do processo seja resolvido posteriormente.⁸²

1.5 – Interpretação e Jurisprudência.

Historicamente, nem sempre a interpretação dos textos foi valorizada. Acreditava-se que uma lei bem escrita dispensava sua interpretação que era vista com desconfiança. Entendiam os antigos que interpretar era estabelecer uma relação da lei com o interesse que

⁷⁹ Ibidem p. 1056.

⁸⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo. v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

vigorava, mas ela assumiu tal importância que se afirma hodiernamente que para se conhecer o direito é indispensável a sua interpretação.⁸³

A interpretação é um trabalho realizado em diversas ciências. A técnica legislativa possibilita diversas interpretações dos seus textos e no Direito, o objetivo da interpretação é descortinar o sentido do texto normativo que tem uma finalidade, um sentido e um alcance que nem sempre estão explicitados e precisam ser identificados.⁸⁴ O intérprete, na sua tarefa, considera o sistema como um todo e realiza com frequência o diálogo das fontes para conseguir efetivar coerentemente a lei dentro do sistema jurídico, tendo o intérprete, que estar sempre atento aos princípios gerais do direito e aos ditames constitucionais. Se o intérprete está produzindo um sentido para que se possa dar efetividade às leis, é possível a firma que a interpretação se manifesta na jurisprudência e nas súmulas.⁸⁵

Sendo a interpretação realizada por diversos órgãos judiciais dos Estados do Brasil, é esperado que surjam entendimentos discordantes a prejudicar a unidade do sistema jurídico.⁸⁶ Devemos atentar ainda para o fato de ter o Estado diversas funções que são repartidas entre os Poderes instituídos. A função precípua do Legislativo é a produção de Leis e a do Judiciário a sua interpretação e aplicação, mas atipicamente todos exercem as três funções. No entanto, apesar de independentes, a harmonia dos Poderes está prevista constitucionalmente, mas ela se encontra tensionada quando os Poderes desempenham suas funções. De fato, tanto a produção quanto a aplicação estão a contribuir na formação do sistema jurídico que requer, para o seu correto funcionamento, a compatibilização de quem produz, interpreta e aplica a legislação que forma o sistema.⁸⁷ As interpretações se manifestam na jurisprudência e são reunidas em súmulas.

A palavra jurisprudência pode ter vários significados, para nosso trabalho entenderemos o vocábulo como uma interpretação do texto normativo que produz determinada norma que foi utilizada em diversas sentenças em um contexto e que foram reunidas.⁸⁸

⁸³ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 34 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 264.

⁸⁴ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 34 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 264.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem, p. 104.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 104-105.

⁸⁸ STREK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 83.

É possível então que o Direito traduza mais de uma norma para um determinado acontecimento da vida humana e nesse momento surge a jurisprudência que reuni as normas semelhantes⁸⁹ em torno de uma determinada tese, visando esclarecer a aplicação e influenciando a atuação do legislador/julgador.

A jurisprudência não permanece estática. Em primeiro lugar as leis são criadas pelo Legislativo e posteriormente serão aplicadas pelo Judiciário, mas para serem utilizadas, devem ser interpretadas, o que significa dizer o seu sentido e alcance. Como resultado da interpretação surge a norma jurídica que se consolida para determinadas circunstâncias sociais fortalecendo uma determinada tese. Ocorre que, com o tempo, a realidade social muda e surge a necessidade de que a tese seja modificada para atender ao novo contexto e todo o processo se repete produzindo a evolução da jurisprudência.⁹⁰

Os países do *common law* tradicional e predominantemente utilizam a jurisprudência. No Estados Unidos os tribunais não estão vinculados as suas decisões, podem inclusive ter entendimento diverso de sua jurisprudência. Lá as decisões são bem sintéticas e diferentes do que ocorre no Brasil, mas são fundamentadas de forma detalhada com a utilização da doutrina e dos precedentes.⁹¹ O Supremo Tribunal do Estados Unidos interpreta a Constituição Americana de forma flexível e como consequência ocorrem mudanças de jurisprudência e sua atuação foi importante para compatibilizar sua interpretação da Constituição com as mudanças na sociedade e instituições políticas americanas.⁹² A nível Estadual a mudança da jurisprudência decorre da atuação dos juristas dos Estados que pretendem que o direito estadual seja coerente com o nacional, produzindo maior unidade no direito.⁹³

Na Inglaterra, a jurisprudência com o tempo passou a ser obrigatória, pois era mais objetiva, resultando em mais segurança, o que não acontecia com os costumes. Os precedentes nos dois países são vistos de forma diferente. O americano tem suas características próprias, pois o federalismo americano, composto por Estados com diferentes características, impede o rigor do precedente, sendo a flexibilização necessária, enquanto na Inglaterra, país de pequenas dimensões, o rigor do precedente é a regra.⁹⁴

⁸⁹ STREK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. 84.

⁹⁰ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 34 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 101.

⁹¹ STREK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 70.

⁹² Ibidem, p. 392.

⁹³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 391-392.

⁹⁴ Ibidem.

O precedente tem relevante papel para o Direito anglo-americano, mas o mesmo não ocorre no sistema romano-germânico, pois neste predomina a lei.⁹⁵ Nos países que já se utilizam de um sistema codificado a jurisprudência serve como mais uma fonte para orientação dos magistrados que não estão obrigados a utilizá-la. Ao magistrado é garantido o direito de interpretar a lei e é o seu trabalho que começa a consolidar uma possível solução e a jurisprudência para os problemas que vão chegar às instâncias superiores.⁹⁶ A jurisprudência produz regras mais genéricas que as produzidas pelo juiz quando este interpreta a lei.⁹⁷

No *civil law* a influência da jurisprudência era maior que a doutrinária, mas não chegava à obrigatoriedade.⁹⁸ A segurança jurídica e não exame de casos repetidos, visando maior agilidade, além do controle sobre a atividade jurisdicional é o que faz países criarem mecanismos visando tornar a jurisprudência uniforme.⁹⁹

O mecanismo jurisprudencial utilizado no direito Português é denominado de “assento”. Surgia ele como forma de solucionar divergências de sentenças judiciais para casos semelhantes.¹⁰⁰ Os assentos chegaram ao Brasil e eram regulados por leis.¹⁰¹ Quando ocorreu a proclamação da República os assentos foram abandonados e surgiram criações brasileiras com a mesma finalidade, exemplo: institutos da revista, prejudgado e recurso extraordinário.¹⁰²

Em função do princípio da unidade do ordenamento jurídico infraconstitucional se utiliza, no Brasil, a uniformização da jurisprudência.¹⁰³

No início, no Brasil, a jurisprudência tinha menor importância, pois a obrigação de fazer ou não fazer estava definida em lei¹⁰⁴ e, ainda hoje se encontra a mesma previsão na Constituição de 1988¹⁰⁵, o que faz com que os cidadãos busquem seus direitos e os governantes seus objetivos utilizando a¹⁰⁶. Aqui, a jurisprudência é fonte subsidiária para a

⁹⁵ STREK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 84.

⁹⁶ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 178.

⁹⁷ STREK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 69.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 88-89.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 93.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 93.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 94.

¹⁰² *Ibidem*, p. 94.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 81.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 80.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 87.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 68-69.

produção de normas.¹⁰⁷ O princípio do livre convencimento do juiz, entre nós, é infestável, se respeitado o que a lei estabelecer e a influência dos julgados dos tribunais superiores é indiscutível.¹⁰⁸ Mesmo prevalecendo a lei no direito brasileiro, a jurisprudência das súmulas vinculantes é obrigatória.¹⁰⁹

Jurisprudência é a reunião de interpretações de textos normativos que produziram uma norma a favor de determinada tese jurídica com grau de generalidade menor que das leis e que é utilizada em decisões em um determinado período e contexto social e que evolui com ele. Com ela, desde o início, se queria produzir mais segurança jurídica e agilidade da atividade jurisdicional.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 86.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 88.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 89.

2 - *COMMON LAW, CIVIL LAW, PRECEDENTE E SÚMULA VINCULANTE.*

2.1 - Surgimento dos sistemas.

Os valores de cada sociedade se refletem no direito e por este motivo cada Estado possui um direito diferente dos demais.¹¹⁰ Um Estado pode utilizar-se de mais de um direito e até mesmo comunidades tem direitos específicos, exemplo: direito canônico.¹¹¹

É correto afirma que os direitos se distinguem pelas regras que produzem¹¹², mas não devemos utilizar somente este elemento para realizar a diferenciação, já que podemos agregar outros, pois sabemos que as regras pertencem a um sistema que utiliza vocábulos, conceitos e métodos de interpretação.¹¹³ Vale acrescentar que as regras, mesmo tendo sua importância, precisam ser interpretadas e aplicadas através de métodos que permitam harmonizar o sistema jurídico.¹¹⁴

Existem diversos direitos, sendo possível reuni-los em grupos com características em comum denominados de famílias ou sistemas.¹¹⁵ A utilização de famílias para agrupar os direitos facilita a sua compreensão e estudo, logo, tem fins didáticos. O agrupamento em famílias pode ocorrer de diferentes formas, bastando que se mude a característica semelhante ou diferente que se pretende destacar.¹¹⁶ Se levarmos em consideração técnicas de interpretação, produção e integração das regras, é possível identificar um número limitado de famílias¹¹⁷ e voltaremos nossa atenção para as famílias romano-germânica e anglo-americana, mas comumente conhecidas, respectivamente, pelos termos em inglês *civil law* e *common law*, destacando as diferenças e semelhanças que pretendemos explorar.¹¹⁸ A escolha dessas famílias se justifica pela influência que exercem em nosso direito.

A família da *common law* vem do direito inglês e de países por ele influenciado. Ela tem como foco principal a resolução de litígios e não a confecção de normas gerais tendo sido elaborada por juízes. As regras dessa família estão mais preocupadas com a administração da justiça, formas de prova, execução das decisões judiciais. Tem muito mais uma concepção de

¹¹⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 15.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 14.

¹¹² *Ibidem*, p. 15.

¹¹³ *Ibidem*, p. 15.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 16.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 17.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 16.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 17.

ordem prática. Historicamente a *common law* está ligada ao direito do rei de ver solucionada a questão que prejudicasse o seu interesse.¹¹⁹

A colonização permitiu que a *common law* fosse levada para outros países, mas pelo prestígio que ela conseguiu com o tempo também houve casos de recepção voluntária.¹²⁰ No caso dos países colonizados ou mesmo dos que fizeram a adoção voluntária, por causa dos costumes, existência de instituições ou formas de convivência, a *common law* precisou sofrer adaptações que permitissem a recepção.¹²¹

Os maiores expoentes da *common law* são a Inglaterra e o Estados Unidos. Resta esclarecer os motivos de tal relevância e as características particulares da *common law* em cada um deles. Estuda-se o direito inglês por este ocupar um lugar de destaque nessa família e ter servido como um modelo para muitos países¹²², inclusive para os que não eram colônias inglesas.¹²³ Ele tem características singulares por três motivos principais: pela sua originalidade; por seus vizinhos do continente europeu sobre ele terem exercido pouca influência; e por ser um Estado parlamentar monárquico e unitário.¹²⁴

A originalidade decorre do fato de na Inglaterra a implementação do direito da *common law* se dar em substituição dos costumes locais. Uma vez estabelecido, pode se desenvolver e mais recentemente se mostrou mais apto a regular sociedades e economias mais modernas e complexas.¹²⁵

A pequena influência do continente Europeu se explica por ser a Inglaterra uma ilha e consequentemente ter sua atividade voltada para o mar onde conseguia grandes lucros com comércio, pirataria, e exploração das suas colônias.

Na Inglaterra teve grande importância o costume. Durante muito tempo vigoraram os Costumes Gerais do Reino, mas que não eram muito claros. Neste contexto a jurisprudência colaborou para lhes dar maior clareza.

¹¹⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 19.

¹²⁰ Ibidem, p. 18.

¹²¹ Ibidem, p. 19-20.

¹²² Ibidem, p. 281.

¹²³ Ibidem, p. 279.

¹²⁴ Ibidem, p. 283.

¹²⁵ Ibidem, p. 283-284.

O *common law* é um direito aplicado a toda a Inglaterra. O *common law* não se concretizou sobre os costumes locais, foi uma oposição a eles.¹²⁶ Ele se construiu sobre a jurisprudência e se utilizava da razão.¹²⁷

Podemos apontar a jurisprudência como a principal fonte do direito inglês, seguida pela lei, mas temos ainda: costume, doutrina e razão.¹²⁸ As fontes na Inglaterra praticamente são as mesmas dos demais países, tanto da família da *common law* quanto da *civil law*, mas é a importância e a utilização de cada uma é que muda.¹²⁹

O direito inglês é utilizado em diversos países e foi adaptado às condições particulares de cada um, levando em consideração a relação desses países com a Inglaterra, pois às vezes eram colônias, companheiros comerciais ou nações amigas.¹³⁰

O Estados Unidos é um dos países influenciado pelo direito inglês e apresenta as suas particularidades, tendo em vista que as condições de vida dos americanos, quando da aplicação da *common law*, serem bastante diferentes das inglesas. Nesse trabalho iremos abordar as suas características pela contribuição e desenvolvimento do direito americano e pela influência que sua cultura e economia exerceram sobre o mundo.¹³¹

É fato que a *common law* inglesa era pouca apropriada às condições de vida dos americanos¹³² e por este motivo ela foi incorporada, mas levando em conta as características sociais e de desenvolvimento da colônia que eram bem mais atrasadas.¹³³

A *common law* veio da Inglaterra para o Estados Unidos com algumas características do direito do colonizador, mas com a independência, o desenvolvimento dos direitos foi bem diferente e hoje podemos afirmar que estão bem distantes,¹³⁴ pois a identidade cultural dos dois países com o tempo foi se apagando. A posição de destaque da economia americana, a dimensão continental do país e a distância da influência europeia fizeram os americanos elaborem soluções diferentes para os seus problemas jurídicos e de outras áreas.¹³⁵ O direito

¹²⁶ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 24.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 23.

¹²⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 331.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 332.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 357.

¹³¹ *Ibidem*, p. 357.

¹³² *Ibidem*, p. 360.

¹³³ *Ibidem*, p. 363.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 363.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 363.

do Estados Unidos é diferente do Inglês proporcionalmente ao modo de vida, nível de desenvolvimento e independência de cada Estado.¹³⁶

Mesmo com a independência os americanos tinham no direito inglês um exemplo. As universidades, doutrina e economia inglesas eram bem adiantadas nos períodos que se seguiram à independência e, por consequência, mantinham na América sua influência sobre magistrados e doutrinadores. Mesmo independentes, a evolução jurídica dos países foi se afastando de forma muito gradual.¹³⁷

Os Direitos americano e inglês sempre apresentaram características próprias. No começo a diferença decorria principalmente da relação colonizador/colonizado e da distância evolutiva que existia entre as duas sociedades a ponto de não se poder aplicar na América o direito inglês. Hoje a diferença se dá por questões complexas que se revelam nas características diferentes dos países. A própria língua dos dois países se distanciou. Os problemas enfrentados pelos dois países são diferentes e as soluções buscadas também. O Estados Unidos é um país continental, menos dependente dos vizinhos, que tem uma postura de renegar os colonizadores do passado, sem tradições muito antigas e formado por mais raças. É uma República Presidencialista, Estado Federado com diversos interesses estaduais a serem atendidos, pois cada estado tem uma composição racial e religião diferenciadas. Já a Inglaterra é uma ilha na Europa, que conserva e respeita o seu passado e com maior unidade racial. É uma monarquia parlamentar e uma nação unitária. Apesar de toda diferença, o direito inglês influenciou o americano a tal ponto de podermos considerá-los da família da *common law*.¹³⁸

A família da *civil law* nasceu na Europa onde se desenvolveu com os estudos realizados nas suas universidades, tendo chegado aos países latinos como resultado da colonização, mas foi recepcionada em outras regiões de forma voluntária pelo fato de regular melhor a modernidade dos países.¹³⁹ Tem como base o direito Romano, se preocupa com regras de conduta que se relacionam com a noção de justiça e moral. O foco principal dessa família é produzir regras, considerando a aplicação uma questão secundária.¹⁴⁰ Assim, regular

¹³⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 364.

¹³⁷ Ibidem, p. 364.

¹³⁸ Ibidem, p. 365-366.

¹³⁹ Ibidem, p. 18.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 17-18.

a relação entre os cidadãos de uma forma geral é uma preocupação central da família da *civil law*.¹⁴¹

A família da *civil law* tem origem no Direito Romano e se desenvolveu na Europa continental e por este motivo é também chamado de Direito Continental.¹⁴² O Direito Romano tinha grande prestígio e prevaleceu sobre outros direitos dos territórios conquistados ou amigos.¹⁴³ A principal fonte da família da *civil law* é a lei e o operador do direito realiza a sua interpretação.¹⁴⁴ Sendo a lei interpretada pelos juristas, o resultado hermenêutico é parte importante do Direito da família da *civil law*, porém sempre subordinado à lei.¹⁴⁵

A maioria dos países dessa família já editou os seus códigos e promulgou suas Constituições.¹⁴⁶ Nessa família o mais importante era o codificador, mas hoje a importância está distribuída entre o legislador, administrador e julgador.¹⁴⁷

Quando o país já possui Direito escrito e uma Constituição, a lei é a mais importante fonte, pois há mais certeza e segurança quando se trabalha com as relações jurídicas e por esse motivo o costume só ganha importância quando transformado em lei. Este fenômeno ocorre no Brasil.¹⁴⁸

Os direitos da família da *civil law* tem importantes semelhanças. Uma que merece destaque diz respeito à lei que vai ser interpretada. Para os juristas dessa família as lacunas do sistema podem até existir, mas são insignificantes.

Com o tempo as famílias da *common law* e *civil law* acabaram trocando influências, além de serem influenciadas pelo cristianismo e movimentos filosóficos como o individualismo, liberalismo, etc. e como consequência acabaram por se aproximar.¹⁴⁹ Como exemplo desse fenômeno temos que os precedentes judiciais cresceram de importância no sistema *civil law* e o processo legislativo no *common law*.¹⁵⁰

¹⁴¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 18.

¹⁴² Ibidem, p. 64.

¹⁴³ Ibidem, p. 66-67.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 67-68.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 68.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 68.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 69.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 75.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 20.

¹⁵⁰ STREK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. Ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 85-86.

2.1.1 - Atuação dos magistrados nos sistemas: criação e declaração.

Na Inglaterra existiam os costumes gerais, a lei não escrita denominada de *common law*, a escrita conhecida como *statute law* e duas teorias. Uma afirmando que ao juiz cabia declarar o direito, outra dizendo que o juiz na verdade produzia direito, pois o *common law* era estabelecido pelos juízes que possuíam *law-marking-authority*, entendimento que acabou prevalecendo. Os juízes ingleses participaram de um movimento que procurava conter os poderes monárquicos e proteger os cidadãos e ajudaram a centralizar o poder e a superar o fenômeno feudal, utilizando o direito anterior que vigorava. Como consequência não havia a preocupação da estrita aplicação da lei. A lei era superior às decisões judiciais e se conciliava com os costumes gerais e juntos eram partes de um sistema maior: o *common law*. O juiz atuava interpretando a lei e o *common law* a partir dos costumes gerais que vigoravam a bastante tempo.¹⁵¹

Suas colônias americanas eram controladas através de cartas elaboradas pelo parlamento inglês que impediam a existência de leis coloniais contrárias e é historicamente esse fato que permite o surgimento da revisão das leis (*judicial review*). Vemos que a supremacia do parlamento inglês era garantida pelo judiciário e quando ocorreu a independência das colônias as constituições surgiram em substituição às cartas, mas se manteve o mesmo mecanismo para ratificar a supremacia daquelas. Na Inglaterra surgiu a doutrina da *supremacy of the parliament* que foi utilizado para subjugar a colônia e no Estados Unidos tivemos a da *supremacy of the judiciary* o que ocorreu não por oposição entre as doutrinas, mas pela evolução dos acontecimentos históricos e interesses políticos. Por fim, vale esclarecer que a teoria dos precedentes é mais recente que o sistema do *common Law*, logo não é possível explicar este em função daquela.

No *common law* o direito, a segurança e a racionalidade teriam que ser criados, utilizando para isso ferramentas do sistema que tinha o precedente como fonte principal do direito e que era utilizado com os costumes gerais que era um direito pré-existente. A criação da norma foi delegada ao juiz e se estruturou de forma mais racional, pois nunca se acreditou na completude da lei. Utilizou-se o precedente para criar a norma e produzir a segurança jurídica.

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: v.34 n. 172, p. 175-232, jun. 2009.

Situação diferente ocorreu na França, onde vigorou o *civil law*, que procurou sufocar o direito anterior à Revolução Francesa na qual os juízes estavam do lado dos senhores feudais, logo não eram confiáveis e tiveram que ser submetidos pelo parlamento. Criou-se então um sistema no qual caberia ao juiz somente a declaração do direito existente e previsto nos códigos. O direito comum foi negado para a implementação de um texto normativo que traria todas as normas, dito como nacional, que queria de forma completa reger as situações jurídicas e aos juízes caberia somente a sua aplicação.¹⁵²

Como vimos no início, o *civil law* francês, por não confiar nos juízes, procurou criar códigos que tinham a intenção de regular com completude as situações. Para o *civil law* francês o direito estava na lei e caberia ao juiz declará-lo e isso resultaria para o jurisdicionado segurança e racionalidade nas relações sociais.¹⁵³

Com o tempo o *civil law* percebeu que a lei podia ser produzida para não atender aos interesses dos jurisdicionados e à justiça. Assim, foram criados e inseridos nas Constituições princípios que tornaram suas disposições mais rígidas e menos propícias a modificação por leis ordinárias. Nesse instante a lei perde seu posto para a Constituição que se torna soberana e a referência do sistema jurídico. Hoje se pode concluir que o erro do *civil law* foi exatamente crer na completude da lei.¹⁵⁴

Tanto no *common law* como no *civil law* existe o problema de que podem ocorrer várias interpretações para um mesmo texto normativo. É importante colocar que são, entre outras, características que diferenciam o *civil law* do *common law* a relação com o código e a função do juiz que com ele trabalha. O código do *common law* não quer oferecer todas as respostas possíveis, deixando ao juiz a tarefa de aplicá-lo. A interpretação do juiz para solucionar o caso sempre fez parte do sistema do *common law* e só mais recentemente do *civil law*. É perceptível que o *civil law* inicialmente concebeu um sistema em que cabia ao juiz declarar um direito previsto na lei. Com o tempo a lei foi substituída pela Constituição e hoje a função do juiz nesse sistema está distante do inicialmente concebido.¹⁵⁵

O constitucionalismo deu uma moldura nova para o *civil law* e o seu juiz passou a ter poderes bem mais próximos do juiz da *common law* e em especial do juiz americano que, com base na Constituição, aplica a lei. Com o constitucionalismo a lei se submete à

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: v.34 n. 172, p. 175-232, jun. 2009.

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

Constituição. O juiz passa a jurisdicionar, mas levando em consideração a constitucionalidade da lei. Ele não está mais submetido ao Legislativo. Ele passa a dar um sentido à lei, podendo inclusive ser diferente do sentido dado pelo Legislativo. A ocorrência da omissão legislativa reforça a atuação criativa do juiz.¹⁵⁶

Cabe hoje a ele, e especificamente ao juiz brasileiro, o poder-dever de aplicar a norma que surge da interpretação da lei, ao caso concreto, o que é muito semelhante à função do juiz do *common law*, mas o que os distingue é que este respeita os precedentes que sempre tiveram força no sistema do *common law*.¹⁵⁷

Essa atuação do juiz no *civil law* moderno se aproxima em muito da atuação do juiz do *common law*, pois ocorreu o aumento da importância dos precedentes no *civil law* como no *common law*.¹⁵⁸

A questão de ser a atuação do juiz declaratória ou constitutiva se relaciona com a questão da obrigatoriedade do respeito aos precedentes (*stare decisis*) no caso americano e tanto a teoria declaratória quanto a constitutiva, dizem que é obrigatório o respeito ao precedente e que são os fundamentos que justificam a revogação de um precedente e não importa se o direito foi declarado ou constituído por um juiz. Se os juízes criam o direito implica dizer que legislam e logo podem revogar os precedentes. Se os juízes declaram o direito, não legislam e não podem revogar os precedentes. A segunda situação seria, assim, muito mais confortável para os juízes, pois resultaria em menor responsabilidade. Por outro lado, se romper com os precedentes significa legislar, então somente declarar significa respeitá-los o que em última instância é uma atitude compatível com o *stare decisis*.¹⁵⁹

Toda essa análise também pode ser feita para os controles de constitucionalidade, pois no sistema de controle concentrado-abstrato ocorre certa negação de poder ao juiz ordinário que se manifesta na presença da supremacia da Constituição e da presunção da validade da lei, com exceção ao Tribunal Constitucional. Se pensarmos em termos de controle de constitucionalidade concreto-difuso, o sistema de precedentes é mais influente, pois pode uniformizar o direito infraconstitucional mais democrática e amplamente, pois parte das peculiaridades dos casos examinados, com a participação de vários magistrados, efetivando o

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: v.34 n. 172, p. 175-232, jun. 2009.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ Ibidem.

princípio da sua livre convicção, e das partes, e dando um significado à própria Constituição com participação dos jurisdicionados.¹⁶⁰

Se for adotado o sistema de controle concreto-difuso deve ser utilizado um sistema de precedentes de natureza obrigatória como forma de uniformização. É nesse processo que se encontra o Brasil com a adoção das súmulas vinculantes instituído pela EC 45/2004. Mas essa sistemática sumular vinculante é contraditória com a teoria dos precedentes, pois o que justifica o respeito aos precedentes são seus fundamentos, a igualdade, a segurança e a previsibilidade e não o fato de ter sido emitido pelo pleno do STF ou por um órgão especial. Não é racional que ela deva ser respeitada pelo fato de ter sido resultado de um quórum absoluto. Então a análise aprofundada da fundamentação permanece mesmo com a utilização dos precedentes o que vai de encontro com o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no seu voto proferido na Reclamação 4335:¹⁶¹

[...]

Em verdade, ainda que não pertencente ao universo específico da judicial review, o instituto do *stare decisis* desonerava os constitucionalistas americanos, pelo menos em parte, de um dever mais aprofundado de fundamentação na espécie. Como esse mecanismo assegura efeito vinculante às decisões das Cortes Superiores, em caso de declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte, tinha-se a segurança de que, em princípio, nenhum tribunal haveria de conferir eficácia à norma objeto de censura. Assim, a ausência de mecanismo processual assemelhado à “força de lei” (*Gesetzeskraft*) do direito alemão não impediu que os autores americanos sustentassem a nulidade da lei inconstitucional.

[...]

Além disso, o número de decisões reiteradas só significa a falta de respeito a anterior quando se emite a seguinte. Vale observar por fim que o motivo da edição de uma súmula vinculante é o fato de que em algumas decisões o *ratio decidendi*, a razão de decidir, não está claro. É o que está previsto no artigo 103-A da Constituição Federal de 88.¹⁶²

[...]

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: v.34 n. 172, p. 175-232, jun. 2009.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

Assim, a adoção dos precedentes requer tanto uma análise mais profunda do sistema e da utilização dos seus instrumentos como a preparação dos profissionais que vão utilizá-los, tanto na formação dos universitários, professores, como de advogados e magistrados, pois é uma mudança de paradigma na construção da norma e interpretação do enunciado normativo que parte das particularidades dos casos concretos e se constrói de forma lenta e participativa.¹⁶³

2.1.2 - O problema da utilização do precedente no *civil law*.

O sistema de precedentes é utilizado pela família da *common law*. O Estados Unidos e a Inglaterra o utilizam. Diversos institutos são utilizados por esse sistema e sua transposição para países da *civil law*, como o Brasil, não é apropriada porque um sistema é composto por princípios, regras, institutos, métodos e valores que lhe dão coerência. Um instituto pode até ter um significado parecido em sistemas diferentes, mas sua correta utilização se dá quando se leva em conta todos os elementos que compõem o sistema. Assim, podemos afirmar que precedente americano¹⁶⁴ não tem um instituto correspondente no Brasil.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: v.34 n. 172, p. 175-232, jun. 2009.

¹⁶⁴ Existem alguns conceitos importantes que devem ser compreendidos quando se quer trabalhar com precedentes, tais como: *leading case* é a primeira decisão sobre o tema e é a fonte para o processo indutivo, ou seja, é a base para os demais casos a serem resolvidos; *holding* que representa a norma constante do caso concreto que vincula os tribunais inferiores; o princípio jurídico que o tribunal estabeleceu para decidir; a regra necessária à solução do caso; *stare decisis* é a sistemática que obriga as cortes inferiores a seguirem o precedente da Corte de última instância; *Ratione* é a razão que a Corte considera para utilizar determinada norma; *Obiter dictum* são manifestações acessórias à solução do caso concreto, por exemplo: argumentos de membros do colegiado que não foram acolhidos, mas que podem ter eficácia persuasiva; *Distinguish* constitui uma exceção a uma regra geral para que não seja aplicado um precedente, o que se justifica pelos fatos relevantes (*material facts*), pela lógica da decisão, ou pela sua fundamentação (*substantive rationale*); *Overruling* é a revogação total e *Overriding* é a revogação parcial de um precedente e são utilizados por estarem os precedentes apresentando

Entende-se por precedente, no Estados Unidos, uma regra jurídica identificada, aceita e aplicada por uma corte de última instância de um determinado local aos fatos relevantes de outros casos para resolução da sua questão de mérito e que é respeitado.

A utilização de um precedente requer resumidamente a identificação dos fatos relevantes do caso a ser julgado e da questão legal a ser decidida. Estes dados é que possibilitam encontrar um precedente que se assemelhe pelos fatos relevantes e pela questão legal. O precedente com tais características será considerado análogo, situação que justificará considerá-lo como precedente vinculante e estudar a sua fundamentação para aplicá-la ao caso presente. Sistemática que permite afirma que para se utilizar um precedente é preciso interpretá-lo, da mesma forma que o texto normativo, logo não se trata de um método mais rápido, mas diferente.

2.4 - A súmula vinculante.

A palavra súmula para o direito pode significar um processo no qual são reunidas interpretações, durante certo tempo, visando sintetizar uma tese jurídica.¹⁶⁵ No Brasil, a súmula surgiu como uma forma de sistematizar os resultados das decisões, ou seja, era um sistema de referência.¹⁶⁶ Percebemos, assim, que o reconhecimento da necessidade e da importância do conhecimento dos argumentos que foram utilizados na edição da súmula e da sua utilidade para combater a morosidade da justiça não é um fenômeno recente.¹⁶⁷

Em um segundo momento a súmula passa a representar a existência de um entendimento uniforme sobre determinada matéria e era utilizada para persuadir os demais, por este motivo era conhecida como súmula persuasiva.¹⁶⁸ A força de persuasão da súmula residia na argumentação e no fato da mesma ser editada por um Tribunal Superior que detinha grande influência no meio jurídico. Na prática os magistrados pesquisavam súmulas visando

incongruência e/ou inconsistência com o sistema jurídico e que resultará em problemas com a segurança jurídica e a isonomia dos jurisdicionados; *Prospective overruling* é aplicação de um precedente seguido de uma ressalva de que ele não mais será utilizado, pois está superado; *Signaling* é a aplicação de um precedente seguido da informação de que ele será alterado, afastando ideia geral da sua utilização; *Prospective overruling* e *signaling* são exemplos claros de que um precedente não está petrificado e de que existem instrumentos que permitem a sua evolução ou revogação e que devem ser manejados com racionalidade, fundamentação e com o desenvolvimento de argumentação principiológica levando em consideração os precedentes anteriores.

¹⁶⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2010. p. 1.335.

¹⁶⁶ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 63.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 65.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 64.

tomar conhecimento dos argumentos utilizados e, caso concordassem, utilizavam os nos seus julgados.¹⁶⁹

A sistemática das súmulas fez surgir no Brasil o problema de diversos órgãos do judiciário sumularem assuntos semelhantes de maneiras diversas em uma mesma situação econômica, social e cultural¹⁷⁰ resultando na divergência jurisprudencial. Ora, várias respostas judiciais para um mesmo objeto demandado representa situação de incoerência para o sistema jurídico e insegurança para o jurisdicionado.¹⁷¹ Tanto a norma que é elaborada pelo Legislativo, quanto a interpretada no Judiciário devem apresentar-se em harmonia dentro do sistema jurídico.¹⁷²

Simultaneamente era impossível atender aos jurisdicionados, qualitativa e quantitativamente, diante do grande volume de processos que lhe eram encaminhados diariamente.¹⁷³ O sistema jurídico passava por uma crise e para o grande número de processos que lhe eram encaminhados, somente uma parte era atendida e, mesmo assim, depois de um longo tempo. Devido, inclusive, pela atuação do Governo Brasileiro, processos apresentavam o mesmo objeto. Planos econômicos, cobrança indevida de tributos e confisco da poupança da população são exemplos da atuação do governo que abarrotaram as prateleiras das varas.¹⁷⁴

Os membros do judiciário começaram a procurar soluções. Uma das medidas foi a adoção do efeito vinculante para a súmula.¹⁷⁵ A súmula vinculante é um método jurídico de uniformização da jurisprudência¹⁷⁶ que é atualmente utilizada no Brasil visando dar maior eficiência na prestação jurisdicional¹⁷⁷ e tem a finalidade prática de subordinar os demais magistrados às decisões proferidas pelo STF e diminuir a sua carga de trabalho e tratar de forma isonômica os jurisdicionados.¹⁷⁸

¹⁶⁹ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 307.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 319.

¹⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 319-320.

¹⁷² Ibidem, p. 318-319.

¹⁷³ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 75.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103.

¹⁷⁵ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 75.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 1.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103.

¹⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 320.

Assim, percebemos que historicamente a forma de utilização das súmulas foi se modificando, passando de sistema de referência para persuasão e finalmente também de vinculação, significando dizer: de utilização voluntária para obrigatória.¹⁷⁹

No Brasil, a própria lei deu um objetivo para a súmula vinculante que é o de verificar a validade, a interpretação e a eficácia de normas¹⁸⁰ dotadas de certas qualidades.¹⁸¹ A súmula vinculante estabelece um entendimento de uma questão constitucional e toda norma com ele incompatível será declarada inválida.¹⁸² A amplitude do enunciado da súmula vinculante dependerá do seu próprio texto, pois poderá se referir a uma norma infraconstitucional ou Constitucional.¹⁸³

A eficácia da súmula vinculante se concretiza quando a tese jurídica, o conjunto de interpretações por ela reunida em determinado tempo, passa a ser observada pelos outros órgãos do Judiciário e da Administração Pública. A tese que a súmula traz em seu bojo não é uma lei, pois a produção de legislação é função precípua do Poder Legislativo.¹⁸⁴

2.4.1 - O sistema de precedentes e a súmula vinculante.

É importante compreender algumas sistemáticas utilizadas por sistemas jurídicos alienígenas, quando os seus Direitos exercem grande influência sobre o nosso. Por isso voltaremos nossa atenção para alguns procedimentos do sistema de precedentes do Direito Americano que são importantes para o estudo crítico do poder sumular vinculante do STF e para se efetivar o controle desse poder.¹⁸⁵

É importante saber que o precedente no Estados Unidos vai evoluindo através da compreensão circular do conteúdo da decisão: da parte para o todo e de volta à parte; do dispositivo para a fundamentação e relatório, retornando ao dispositivo; da norma para o

¹⁷⁹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 34 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 31.

¹⁸⁰ Para se constatar a validade da norma é necessário saber se ela foi editada por uma autoridade competente, ou seja, que tinha uma qualidade atribuída pela lei para realizar tal tarefa. Além disso, verifica se a norma não foi substituída por outra, seja porque outra norma a ab-rogou ou trata de mesma matéria. Por fim deve ser verificado se outras normas sejam com elas incompatíveis, tendo em vista que as normas estão inseridas dentro de um sistema que deve funcionar de forma harmoniosa. Cabe à súmula vinculante verificar a eficácia da norma. Aqui se quer saber se o jurisdicionado efetivamente atende ao enunciado normativo e quando não, se são utilizados os meios necessários para que os infratores sejam penalizados pela sua inobservância.

¹⁸¹ BRASIL. Constituição (1998). Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 23 set. 2012.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 104-105.

¹⁸³ Ibidem, p. 105-106.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 108.

¹⁸⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n. 241, p. 209-240, jul./set. 2005.

fundamento, retornando à norma. A evolução ocorre pela elaboração de norma para a resolução de um caso concreto peculiar ou até mesmo com a sua reelaboração. Esses processos afastam por completo a ideia de que o sistema de precedentes produz uma petrificação do direito. É a possibilidade da evolução circular que permite manter o precedente atualizado com as necessidades sociais, levando-se em conta todo o sistema jurídico. Procedimento que torna o sistema de precedentes consistente e legítimo.¹⁸⁶

A eficácia da decisão do STF, como guardião da Constituição¹⁸⁷, é diferente da dos demais tribunais e magistrados. Em especial é ele o responsável pela edição e fiscalização da utilização da súmula vinculante que procura produzir eficiência, isonomia e segurança ao sistema jurídico através da produção de normas gerais que necessitam de interpretação. É condição para sua edição que a decisão tenha decidido a questão jurídica que será vinculada. O efeito vinculante se destina a conferir obrigatoriedade de sua observância aos demais

¹⁸⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n. 241, p. 209-240, jul./set. 2005.

¹⁸⁷ Se inicialmente as Constituições foram utilizadas como instrumento de limitação do Poder do Estado, hodiernamente são vistas como documentos normativos do Estado e da sociedade e garantem direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, como de todo o elenco de direitos - sociais, econômicos, culturais - encontrado em uma organização social e trazem, ainda, um complexo normativo vinculante, inclusive para a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Representam um momento de redefinição de relações políticas e sociais.

Como a Constituição ocupa o ápice das espécies normativas, exige que todas as situações jurídicas se conformem com seus princípios e preceitos. Filtragem constitucional é o processo através do qual se analisa se as espécies normativas, que integram o ordenamento jurídico, estão sendo produzidas em conformidade com os preceitos constitucionais.

Diante da importância da Constituição e da sua supremacia surgiram mecanismos para sua proteção. Como sistemas de proteção da Constituição temos a Jurisdição Constitucional que segundo Cappelletti se classifica em: a) controle de constitucionalidade e b) jurisdição constitucional das liberdades. Estas modalidades foram atribuídas ao Judiciário Brasileiro, mas não devem ser entendidas restritivamente como a forma de aferir a validade das leis e dos atos normativos infraconstitucionais em face da Lei Maior, pois o exercício da jurisdição constitucional deve buscar a plena e total concretização das normas constitucionais, sobretudo as que veiculam direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade brasileiro é misto e no caso do concreto-difuso cabe a qualquer juiz realizar a guarda da constituição. Assim, O Supremo Tribunal Federal não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional.

Na verdade, somos todos guardiões da constituição, pois a mesma traz garantias e direitos que nos interessam, mas sua defesa jurídica é dada ao judiciário e a última palavra a um órgão específico. O termo guarda expresso na constituição deve ser entendido como proteção e concretização e nesse sentido não permite que o Supremo Tribunal Federal possa inovar o seu texto ou a sua interpretação, assim sua atuação deve ser dar dentro de determinados parâmetros estabelecidos pela própria Constituição Federal. Esse entendimento está respaldado pela sua supremacia e rigidez.

Assim, guardar a Constituição é proteger, respeitar, obedecer e concretizar seus mandamentos, preceitos e princípios o que significa dizer respeito ao Estado Democrático de Direito, o que a todos, de forma direta ou indireta, é deferido.

magistrados. Quem se sentir prejudicado pela inobservância da súmula vinculante se utiliza da reclamação e a possibilidade da sua multiplicação pode prejudicar a efetividade do sistema.¹⁸⁸

No Brasil, os enunciados sumulares vinculantes do STF são erroneamente autônomos em relação às súmulas que utilizaram, o que resulta em produção normativa, tal o grau de generalidade e abstração, e são utilizados de forma autoritária e sem instrumentalizar a jurisprudência, que deveria estar compatibilizada com o entendimento doutrinário, para realizar a evolução e o equilíbrio do sistema jurídico. Peculiaridade presente no voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4335:¹⁸⁹

[...]

Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988.

[...]

Frequentemente, ao invés de pacificarem aumentam as divergências existentes. São elaborados com a imposição de doutrinas de composições do tribunal que não mais existem e que os novos ministros não deveriam aceitar sem julgarem causas em que possam expressar publicamente a sua posição, pois sobre as decisões pretéritas não tiveram qualquer influência e por toda essa situação peculiar, acaba faltando lhes legitimidade.¹⁹⁰

A questão da vinculação no controle concreto-difuso é diferente. Primeiro porque é o juiz vinculado que primeiro escolhe a regra vinculante que será utilizada no caso concreto e a escolha do magistrado poderá ser corrigida pelo Tribunal Constitucional. Recentemente o que se discutiu foi o verdadeiro alcance objetivo do efeito vinculante sobre controle concreto-difuso, em outras palavras, se o que era efetivamente vinculado era somente o dispositivo ou também os motivos determinantes, mas a prática do Tribunal Constitucional Brasileiro, no âmbito da jurisdição concentrada-abstrata, acabou por pacificar o entendimento de que não é apenas a parte dispositiva da decisão que é vinculada. Esse aumento dos elementos que são vinculados é conhecido por eficácia transcendentais da fundamentação.

¹⁸⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n. 241, p. 209-240, jul./set. 2005.

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ Ibidem.

[...]

Observe-se, ainda, que, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, 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. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.

[...]

A súmula vinculante, como o precedente americano, deveria ser reformulada aos poucos. Após a decisão do STF, a corte vinculada e a argumentação das partes, com base nas peculiaridades de cada caso, deveriam participar da atualização da regra de forma permanente e até, se for o caso, da sua superação. Assim a superação da súmula vinculante deveria ocorrer pela superação da fundamentação, com participação de todos, ou ainda, com ponderações do STF sobre as vantagens ou desvantagens da súmula vinculante permanecer, levando se em conta a segurança jurídica e a isonomia. Inclusive se utilizando da técnica de conferir efeitos prospectivos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade que se assemelham a do *prospective overruling*.¹⁹¹

A instituição do mecanismo da reclamação atenua o problema do “desrespeito” das súmulas vinculantes do STF pelas cortes vinculadas, valendo observar que esse “desrespeito” tem o seu lado positivo, pois ajuda a conformar as súmulas vinculantes a casos concretos com particularidades não previstos inicialmente, garantindo o seu desenvolvimento.

Com a adoção dessa sistemática a súmula vinculante seria a interpretação constitucional que representa uma tese e que é produzida por uma compreensão circular que envolve o STF, os magistrados vinculados e os advogados das partes e que vincula a parte dispositiva e os fundamentos da decisão e que se encontra limitada pelas características peculiares do caso e que permitiria uma evolução produzida por todo sistema jurídico.¹⁹²

¹⁹¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n. 241, p. 209-240, jul./set. 2005.

¹⁹² Ibidem.

2.4.2 - A diferenças dos precedentes e da súmula vinculante e dos seus sistemas.

O sistema de precedentes ou judicialista se concretiza através de um processo indutivo que parte do caso concreto. É essencialmente prático e diferente de precedente judicial, pois este é a principal fonte – instituto - que aquele utiliza.¹⁹³

O precedente é um caso julgado por um tribunal ou magistrado e que podemos identificar pelas partes e advogados o que resulta em uma individualidade, o que não ocorre com qualquer tipo de súmula. Caso julgado é um caso concreto resolvido e que não influencia outros, por não produzir o seu julgamento um novo paradigma. Precedente é um caso julgado acrescido da capacidade de influenciar outros porque as suas razões de decidir servem de paradigma para casos semelhantes em determinado contexto social e sua utilização é facultativa. Vale ressaltar que há similaridade, não só dos fatos jurídicos que justificam o pedido, mas também das condições sociais e que se verifica por um processo indutivo.¹⁹⁴

O precedente tem um *holding* que se relaciona com a tradição, logo se construiu com o tempo e não na lei ou na Constituição. Para que ocorra vinculação os fatos do precedente e do caso *sub judice* devem ser semelhantes e isso deve ser verificado de forma detalhada, o que impede a sua aplicação imediata. O que se vincula são os fundamentos e a parte dispositiva da decisão. O precedente decidiu um caso passado e a partir daí seu uso é incidental e eventual. Na sistemática dos precedentes não é o *leading case* que estabelece a sua aplicação para o futuro e sim o caso *sub judice* que ocorreu no futuro que vai estabelecer a relevância do *leading case* para sua resolução.¹⁹⁵

No sistema normativista, para a solução do caso concreto, o magistrado trabalha a partir do texto normativo a ser utilizado no caso *sub judice* e então cria a norma jurídica individualizada. A norma é denominada de *ratio decidendi* e vai fundamentar a decisão. Caso possa ser utilizada em outros casos produzirá a uniformização da jurisprudência e se possível, a súmula.¹⁹⁶

Texto normativo é um enunciando composto por palavras que tenta transmitir o que foi apreendido, mas só consegue isso parcialmente e por consequência deve ser interpretado e delimitado através de um método dedutivo para o surgimento da norma a ser aplicada para a

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes? In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: v.17 n.78, p. 284-319, maio/jun. 2009.

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ Ibidem.

¹⁹⁶ Ibidem.

resolução do caso concreto. Logo, texto normativo não é norma e sua aplicação não se dá de forma imediata.¹⁹⁷

O texto normativo, em qualquer de suas manifestações - súmula, fundamentos, precedente - não consegue apreender completamente a realidade do caso concreto, pois não existe uma igualdade entre o texto e a realidade e por isso cabe ao interprete, dentro de certos limites, buscar a norma a ser aplicada.¹⁹⁸

Não é possível escrever texto normativo, pensando ser dispensável a atuação do interprete que deve procurar e querer a sua correta compreensão, isolada ou como parte do sistema jurídico.¹⁹⁹

Algumas características do precedente judicial se manifestam no sistema judicial legalista normativista brasileiro, como, por exemplo, na súmula vinculante, mas se tratam de institutos realmente diferentes quando analisados os seus funcionamentos dentro de cada sistema.²⁰⁰

Diferente dos precedentes as súmulas vinculantes produzem textos gerais e abstratos o que são características das leis e somente solucionam casos futuros e seu texto surge com a edição de um texto normativo, conforme previsto no artigo 102, §2º e 103-A da CF²⁰¹. O efeito vinculante tem como objetivo impedir novas discussões sobre a mesma matéria. A súmula vinculante não é individualizável, pois não tem partes, advogados e fatos, é na verdade geral e abstrata e para ser utilizada exige a utilização um método dedutivo. Ela invade, pelas suas característica e processualística, área privativa do Legislativo que revela a sua incompatibilidade com o nosso sistema do *civil law*.²⁰²

A súmula vinculante é uma recente criação tupiniquim com legitimidade questionável e contrária à tradição brasileira que é normativista e legalista. É questionável o STF editar a súmula vinculante e fiscalizar a sua aplicação o que ocorre quando ele julga as reclamações que surgem com a desobediência da súmula vinculante. Tal procedimento nunca ocorreu no

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes? In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: v.17 n.78, p. 284-319, maio/jun. 2009.

¹⁹⁸ Ibidem.

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ BRASIL. Constituição (1998). Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 23 set. 2012.

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes? In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: v.17 n.78, p. 284-319, maio/jun. 2009.

direito brasileiro. É um exemplo de uma “interpretação autêntica”, pois o criador do texto irá interpretá-lo. Todo esse processo tem como “justificativa” a diminuição de demandas repetidas e maior unicidade do direito, o que produziria uma maior efetividade e racionalização do judiciário.

Não se pode dizer que a súmula vinculante é um problema, pois com ela é possível referendar uma tese e ajudar na unidade do sistema, na integridade do direito e na ideia de respeito a uma tradição, mas a sua utilização e compreensão equivocadas é, pois: para concretizar o texto da súmula vinculante é preciso saber que parcela da realidade não estará presente no texto sumular vinculante, mas que deverá ser levada em consideração no momento da interpretação; que é necessário buscar nos textos das súmulas o seu real significado, como ocorre com as leis o que não vai aumentar a efetividade do judiciário, mas diminuir a atuação do Poder Legislativo, já normalmente inerte; e que o maior problema está na ilegitimidade do STF.²⁰³

A fundamentação é indispensável e tão importante que sua ausência ou imperfeição é motivo para se cassar a decisão que é considerada nula em qualquer dos dois sistemas. O Brasil é o único que tenta corrigir essa situação com a utilização dos embargos declaratórios.²⁰⁴

2.4.3 - Análise da legislação da súmula vinculante.

Para se fazer qualquer digressão a respeito de decisão constitucional vinculante devemos inicialmente tecer algumas análises a respeito do *common law* e do *civil law*. Utilizando o método indutivo o *common law* está preocupado em resolver questões práticas, casos concretos, e se utiliza frequente e essencialmente da jurisprudência e dos precedentes existentes no seu sistema judicial. Tem o seu sistema baseado em julgamentos anteriores de casos concretos, sendo assim é judicialista e essa característica é o ponto de partida para se fazer considerações a respeito de precedente constitucional vinculante. No sistema do *common law* o precedente anterior e vinculante servirá como um paradigma para a produção da decisão do caso *sub judice*, levando se em consideração, detalhadamente, tanto os seus fundamentos quanto a sua razão de decidir (*ratio decidendi*).²⁰⁵

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes? In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: v.17 n.78, p. 284-319, maio/jun. 2009.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ TAVARES, André Ramos. As decisões vinculantes (precedentes) da justiça constitucional. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**: v.3 n.11, p. 15-34, jul./set. 2009.

O *civil law* utiliza um método dedutivo que parte das premissas estabelecidas anteriormente nos textos normativos, positivados(lei) pelo legislador, que carregam a presunção de constitucionalidade, pois entraram no sistema judicial via processo legislativo que realiza um controle de constitucionalidade preventivo e são compostos de termos abertos e para aplicação geral, sendo os seus significados construídos pelo operador do Direito, dentro de um limite interpretativo, resultando em normas a serem aplicadas aos casos concretos, utilizando processos aparentemente lógicos e objetivos. Pode se ter, pelas peculiaridades do caso, a impressão de que o enunciado normativo está sendo contrariado, mas na verdade, o que se está procurando é concretizar a lei que não prevê todas as possibilidades de sua aplicação. Tudo enfim, permite visualizar a primazia da lei a caracterizar o sistema como legalista e normativista.²⁰⁶

Considerando se principalmente as fontes do direito, podemos dizer que a diferença entre o sistema judicialista e o normativista tem se atenuado, pois a jurisprudência ganhou papel de destaque no sistema normativista e perdeu força no sistema judicializado o que ocorreu de modo inverso com a lei. Mas a sistemática utilizada nos dois sistemas apresenta profundas diferenças.²⁰⁷

Tecnicamente falar em precedente vinculante como sinônimo de decisões da justiça constitucional do sistema normativista é uma impropriedade, pois precedente se liga a casos concretos e não a decisões abstratas. Além disso, todo precedente tradicionalmente é vinculante. No sistema normativista, em geral, a decisão constitucional incide de forma vinculante, para o futuro, sendo *erga omnes*, sem apresentar partes e somente a parte dispositiva é vinculada e não os fundamentos e raciocínios utilizados.²⁰⁸

As Cortes Constitucionais, geralmente presentes no *civil law*, são órgãos que estão fora do judiciário. Assim, tecnicamente suas decisões não são judiciais, apesar de poderem apresentar essas características. O Estados Unidos adota apenas o sistema concreto-difuso e a decisão proferida pelo seu Tribunal Constitucional decreta a (in)constitucionalidade para determinado caso concreto e, como o sistema trabalha com *stare decisis* (vinculação dos demais magistrados aos fundamentos e aos dispositivos da decisão), serve para a resolução dos demais casos, mas a lei continua viva.²⁰⁹

²⁰⁶ TAVARES, André Ramos. As decisões vinculantes (precedentes) da justiça constitucional. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**: v.3 n.11, p. 15-34, jul./set. 2009.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ Ibidem.

Os Tribunais Constitucionais, presentes na *common Law*, em geral pertencem à estrutura do judiciário e as decisões são essencial e exclusivamente judiciais. Sua atuação pode ser comparada com a de um legislador negativo que revoga a lei. Aqui é pacífico que é a parte dispositiva da decisão vinculada, não se podendo dizer o mesmo quanto aos seus fundamentos. Essa constatação é inclusive uma medida do limite de aproximação dos sistemas *common law*(americano) e *civil law*(europeu continental).²¹⁰

Esse arcabouço teórico demonstra que a utilização de instrumentos de um sistema em outro só pode ocorrer de forma superficial e podemos afirmar que quando se fala em precedentes no sistema *common law* não estamos dando ao conceito o mesmo significado e abrangência que é dado no sistema *civil law*.²¹¹

A finalidade das decisões de constitucionalidade vinculantes e dar uniformidade ao sistema jurídico evitando decisões conflitantes em um mesmo momento social e impor compulsoriamente uma tese aos demais magistrados.²¹²

Os doutrinadores e magistrados brasileiros comparam alguns efeitos do instituto da súmula vinculante com os dos precedentes norte-americanos, mas de fato são instrumentos diversos. A súmula vinculante tem como objetivo conferir efeito vinculante para tese abstrata, sem partes, de um tribunal superior, compreendendo a vinculação tanto os fundamentos, quanto os dispositivos da decisão conforme entendimento pacificado pelo STF, e se dirigindo de forma compulsória aos demais magistrados e com efeito *erga omnes* e que não pode ser efetivamente compreendido fora do sistema brasileiro que é *sui generis* por apresentar dois sistemas de controle e outras tantas criações tupiniquins.²¹³

Na verdade todo esse argumento brasileiro não passa de uma tentativa de se estabelecer de forma equivocada um paralelo entre súmula vinculante com a teoria dos precedentes.²¹⁴

No *civil law*, modelo legalista e normativista, temos um texto normativo abstrato no qual são estabelecidas algumas premissas. Através de um método dedutivo²¹⁵ e processos

²¹⁰ TAVARES, André Ramos. As decisões vinculantes (precedentes) da justiça constitucional. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**: v.3 n.11, p. 15-34, jul./set. 2009.

²¹¹ Ibidem.

²¹² Ibidem.

²¹³ Ibidem.

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ Método dedutivo é a modalidade de raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter uma conclusão a respeito de determinada(s) premissa(s). Essencialmente, os raciocínios dedutivos se caracterizam por apresentar conclusões que devem, necessariamente, ser verdadeiras caso todas as premissas sejam verdadeiras. Possui base racionalista e pressupõe que apenas a razão pode conduzir ao conhecimento verdadeiro. Partindo de princípios

lógicos se chega às normas que permitem resolver os casos concretos. No *common law*, modelo jurisprudencial e judicialista, temos um processo diferente, pois é utilizado um método indutivo²¹⁶ que se inicia no caso concreto para a obtenção da norma a ser aplicada na decisão, caracterizando-se por um pragmatismo exacerbado. O *common law*, na sua origem e desenvolvimento, utiliza primordialmente o precedente que é um caso anteriormente decidido e que será um paradigma e com ele serão estabelecidos a norma e o princípio jurídico para o caso que se quer resolver. Com o tempo os dois modelos foram se aproximando.²¹⁷

No Brasil, a súmula vinculante foi um dos institutos responsável pela aproximação. Inicialmente a súmula foi adotada como uma forma de organização das decisões proferidas pelos tribunais. Era então um compêndio. Posteriormente foi utilizada como uma forma de persuasão e recentemente, com o surgimento da súmula vinculante, se transformou também em um meio de sujeição dos demais magistrados ao entendimento do STF.²¹⁸

Após essas breves considerações sobre precedentes e súmulas, é importante analisar a legislação nacional que permitiu a utilização da súmula vinculante. Sendo assim, segue abaixo trecho da EC 45/2004²¹⁹ referente à súmula vinculante com breves comentários:²²⁰

[...]

Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A:

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

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave

reconhecidos como verdadeiros e inquestionáveis (premissa maior), o pesquisador estabelece relações com uma proposição particular (premissa menor) para, a partir de raciocínio lógico, chegar à verdade daquilo que propõe (conclusão).

²¹⁶ Método indutivo, ou indução, é o raciocínio que, após considerar um número suficiente de casos particulares, conclui uma verdade geral. A indução, ao contrário da dedução, parte da experiência sensível, dos dados particulares próprio das ciências naturais também aparece na Matemática através da Estatística. Utilizando como exemplo a enumeração, trata-se de um raciocínio indutivo baseado na contagem. É importante que a enumeração de dados (que correspondem às experiências feitas) seja suficiente para permitir a passagem do particular para o geral. Entretanto, a indução também pressupõe a probabilidade, isto é, já que tantos se comportam de tal forma, é muito provável que todos se comportem assim.

²¹⁷ TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

²¹⁸ Ibidem.

²¹⁹ BRASIL. LEI 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 de out. de 2012.

²²⁰ TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

[...]

A EC 45/04 introduziu o instituto e tentou resolver o problema da desobediência da súmula vinculante com: a) a possibilidade de interposição de reclamação por qualquer interessado que se sentisse prejudicado, o que poderá fazer surgir um problema prático que é o fato de substituir o elevado número de recursos extraordinários por reclamações; e b) caracterização da desobediência como grave violação de dever funcional.²²¹

O procedimento previsto para a utilização da súmula vinculante permite ao STF editá-la e fiscalizar o seu cumprimento, o que é uma impropriedade relacionada a sua legitimidade e que aumenta desproporcionalmente o seu poder e trabalho e ocasiona o desvio do exercício das suas legítimas funções.²²²

A súmula vinculante estabelece para o futuro e para casos semelhantes aos julgados pelo STF, sendo esta a sua característica transcendente. Ela, estabelecendo a inconstitucionalidade de determinada situação, acaba inadequadamente legislando e, caso se torne ultrapassada para situações futuras, caberá ao Poder Legislativo regular novamente a situação considerada inconstitucional de forma diferenciada e assim estará a reabrir a discussão encerrada pela súmula vinculante editada pelo STF anteriormente.²²³

Pode ocorrer de o próprio STF rediscutir a matéria sumulada e vinculada se não considerá-la mais adequada a reger a situação. Essa processualística permitirá a evolução da súmula vinculante, mas sempre requerendo que o STF fundamente a sua decisão.²²⁴

Se a súmula vinculante é o resultado da análise de vários casos concretos com reiteradas decisões em um mesmo sentido e que produz uma tese jurídica e aproxima o controle concreto-difuso do concentrado-abstrato, percebemos que é grande a importância

²²¹ TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

²²² Ibidem.

²²³ Ibidem.

²²⁴ Ibidem.

dessa nova sistemática, justificando que se estabelecesse objetivamente um processo que permitisse amplo debate para estabelecer seu conteúdo, redação e efeitos.²²⁵

Toda essa argumentação levava ao entendimento que a regulamentação da súmula vinculante requeria a intervenção do Poder Legislativo e não o estabelecimento de diretrizes através do RISTF, o que aconteceu com a EC 45/2004 que incluiu o 103-A na Constituição Federal²²⁶, mas que dependia de regulamentação, o que tornava o instituto não auto aplicável. Em decorrência dessa exigência doutrinária e Constitucional veio a Lei 11.417²²⁷ para realizá-la.²²⁸

Da análise da lei podemos destacar que para a edição de súmula pelo Supremo Tribunal Federal exige-se que no judiciário já tenham ocorridos muitas decisões que tratem de matéria constitucional e que tenham uma mesma orientação, mesmo que anteriormente no tribunal tenha havido divergência.²²⁹ O Procurador-Geral deve ser ouvido quando não for o autor da proposta. Decide o relator sobre a manifestação do *amicus curiae*, sendo que da decisão não cabe recurso.²³⁰

A súmula vinculante obriga os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, nas três esferas, compreendendo assim a área Federal, Estadual ou Municipal. As normas objeto da súmula têm que causar uma controvérsia atual com grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Podemos verificar que se trata de situações pouco definidas, pois mesmo se trabalharmos os termos isoladamente, é difícil se chegar a um resultado. Poderíamos nos perguntar depois de quanto tempo ainda estamos tratando de uma controvérsia atual. Poderíamos ponderar que uma controvérsia desatualizada, a qualquer momento, devido a circunstâncias novas, poderia causar insegurança jurídica e multiplicação de processos. Poderíamos dizer ainda que “relevante multiplicação de processos” pode ter, para pessoas distintas, resultados bem diferentes e, por fim, que a análise da gravidade da insegurança jurídica vai depender de cada

²²⁵ TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

²²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

²²⁷ BRASIL. Lei nº11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm> Acesso em: 10 out. 2012.

²²⁸ TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107.

²³⁰ Ibidem, p. 108.

um. Mas é certo que a controvérsia pode ocorrer dentro do Judiciário ou entre o Judiciário e a Administração Pública.²³¹

Depreende-se da legislação em vigor que apenas alguns detêm legitimidade para propor a edição de súmula vinculante. Especificamente o art. 3º da Lei 11.417²³², regulamentando o art. 103-A da Constituição Federal²³³ e alterada pela Lei 9.784²³⁴, relaciona os legitimados. A inclusão dos tribunais como legitimados é importante, pois estão diretamente ligados com a jurisdição. Passa necessariamente por eles processos com objetos semelhantes, além de controversos, e que produziram decisões que poderão futuramente ser sumuladas²³⁵ pelo Supremo Tribunal Federal.²³⁶

A edição da súmula vinculante ocorre através de uma decisão que exige um quórum qualificado de dois terços dos membros do STF e a súmula somente se torna vinculante com a sua publicação na imprensa oficial. O quórum qualificado dificulta a edição, revisão e cancelamento da súmula favorecendo sobremaneira à segurança jurídica. Como a vinculação é uma imposição, necessita de respaldo e legitimidade, o que ocorre com o quórum qualificado.²³⁷ Se posteriormente se pretender a revisão ou cancelamento da súmula, os legitimados e as formas são aos mesmos da aprovação.²³⁸

Uma vez editada e publicada, a súmula terá efeito vinculante e caso seja contrariada, o prejudicado poderá se utilizar do instrumento da reclamação que, sendo analisado pelo Supremo Tribunal Federal, caso entenda que a mesma seja procedente, tomará uma das providências: caso a reclamação tenha surgido em decorrência de ato praticado pela Administração Pública o declarará nulo. Tendo a reclamação se insurgido contra uma decisão

²³¹ TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

²³² BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 10 out. 2012

²³³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

²³⁴ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107.

²³⁶ TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 106.

²³⁸ TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

proveniente do Poder Judiciário, determinará que outra solução seja dada, tendo ou não como parâmetro a súmula vinculante.²³⁹

Na doutrina brasileira existe opiniões favoráveis e desfavoráveis para as súmulas, mas como a súmula vinculante vai ser utilizada pelo STF é que vai dizer quem é que está com a razão, pois o que é certo é que o instituto apresenta pontos positivos e negativos, mas só alguns serão evidenciados.²⁴⁰

2.4.4 - A transcendência dos motivos determinantes.

O objetivo do efeito da decisão sobre (in)constitucionalidade ser *erga omnes* no controle concentrado-abstrato é a de que ninguém possa opor-se e com isso tornar o sistema jurídico uniforme e seguro. No julgamento não se considera somente os fundamentos jurídicos constantes na inicial, pois a análise levará em consideração a Constituição como um todo.²⁴¹

Uma vez declarada a inconstitucionalidade no sistema concentrado-abstrato não há uma vantagem direta concedidas às partes do processo, pois a inconstitucionalidade declarada nesse sistema reverte em benefício da ordem jurídica e da previsibilidade, logo, para o jurisdicionado como um todo. Caso a inconstitucionalidade viesse a ser discutida, poderia ocorrer consequências gravosas para a previsibilidade esperada. Ocorre que a evolução dos problemas sociais pode provocar uma nova visão da situação a requerer uma renovação da jurisprudência e até mesmo revogação de decisões anteriores.²⁴²

Falar em eficácia obrigatória da súmula vinculante é o mesmo que falar de eficácia obrigatória da *ratio decidendi*. A eficácia vinculante não se limita ao dispositivo da decisão, pois o que efetivamente preserva a coerência, previsibilidade e igualdade da ordem jurídica são os fundamentos da decisão.²⁴³

São inclusive os fundamentos da decisão, em razão da alteração da realidade social, dos valores, da evolução tecnológica ou da alternância da concepção geral do direito, que permitem que tribunais possam revogar suas decisões anteriores e não a mudança pessoal do

²³⁹ TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

²⁴⁰ Ibidem.

²⁴¹ Ibidem.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ Ibidem.

entendimento de alguns ou todos os Ministros ou, ainda, a alteração da composição do tribunal.²⁴⁴

Em sentido contrário, transcrevemos parte de voto do Ministro Gilmar Mendes proferido na Reclamação 4335:²⁴⁵

[...]

Em verdade, ainda que não pertencente ao universo específico da *judicial review*, o instituto do *stare decisis* desonerava os constitucionalistas americanos, pelo menos em parte, de um dever mais aprofundado de fundamentação na espécie.

[...]

Podemos assim retomar os pontos mais importantes desse capítulo, afirmando, resumidamente que o *common law* se preocupava principalmente com a resolução de litígios, se concretizou utilizando as tradições, a jurisprudência e a razão, sua principal fonte são os precedentes que eram compatibilizados com os costumes gerais pela atuação mais criativa do juiz. O *civil law* tem a lei como sua principal fonte e ela produz regras de condutas relacionadas com justiça e moral e tem pretensão de completude e o juiz realiza a sua interpretação e aplicação, sendo sua atuação mais declaratória. Os dois sistemas foram influenciados por movimentos filosóficos e se modificaram, acabando por se aproximarem. O constitucionalismo também aproximou a atuação dos juízes dos dois sistemas, mas a sistemática é bem diferente, pois enquanto o sistema de precedentes é a base do *common law*, a primazia da lei presumidamente constitucional é a base do *civil law*, mas em ambos foi ressaltada a importância do fundamento das decisões.

A questão da atuação do juiz ser declaratória ou criativa é importante na análise dos controles de constitucionalidade, pois no concentrado-abstrato o princípio da supremacia da Constituição retira alguma autonomia do juiz que mais declara o direito existente nas decisões da Corte/Tribunal Constitucional, sendo neste aspecto menos democrático. Por outro lado o concreto-difuso, em sentido oposto, inicia sua análise no caso concreto e magistrado e advogados participam do processo de interpretação do texto normativo, sendo assim mais democrático, legítimo e criativo.

Questão relevante é que o efeito do concentrado-abstrato é *erga omnes* e o do concreto-difuso é *inter partes* o que possibilita, neste modelo, mais de uma solução para casos

²⁴⁴ TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

²⁴⁵ Ibidem.

semelhantes e que fez surgir institutos como a súmula vinculante brasileira, tornando obrigatória a observância de certas decisões do Tribunal Constitucional.

O sistema de precedentes do *common law* tem alguns elementos semelhantes com o do *civil law*, mas que só podem ser utilizados dentro da lógica do sistema e isso impede transposição dos elementos do *common law* para o *civil law*.

Algumas características do precedente do *common law* estão presentes na súmula vinculante brasileira que adota o *civil law* e pelas razões expostas acima, não é possível estabelecer um razoável paralelo entre eles. Essas conclusões serão importantes quando formos analisar o fenômeno da abstrativização via súmula vinculante.

3 – A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

3.1 - Atuação do Supremo Tribunal Federal.

As Constituições representam pontos de ruptura ou desenvolvimento das sociedades e são elaboradas para efetuarem e garantirem as transformações necessárias a ela. Nesse contexto procuram produzir textos mais abrangentes, ambiciosos e rígidos. As constituições mais recentes aumentaram em muito os direitos e garantias dos indivíduos estabelecendo leis e políticas públicas e, com medo que não fossem respeitados, passaram a desconfiar dos legisladores, estabeleceram funções bem específicas para cada Poder, delegaram aos magistrados a sua proteção e, conseqüentemente, o direito ganhou lugar de destaque antes destinado à política. Ao Legislativo e ao Executivo coube implementar a escolha do Poder Constituinte Originário e ao Judiciário a guarda da Constituição.²⁴⁶

Tal fenômeno pode decorrer: da globalização comercial, pois a atuação dos tribunais traria maior estabilidade, previsibilidade e segurança para o comércio do que a dos legisladores; da incapacidade do próprio sistema representativo de cumprir as promessas realizadas durante a eleição ou da adoção de Constituições mais rígidas e estáveis, pois protegidas por um controle de constitucionalidade.²⁴⁷

O aumento da autoridade judicial não é um fenômeno recente e vem se desenvolvendo com o surgimento da doutrina do devido processo legal substantivo que é a ideia de que um Tribunal Constitucional deve se preocupar com a interpretação da Constituição, a razoabilidade e proporcionalidade, levando em consideração princípios constitucionais.²⁴⁸

Como consequência a interpretação constitucional passou a ter grande importância nos dias de hoje e tal fenômeno se manifestou também no Brasil. A Constituição de 88 tinha grande ambição e transcendeu os limites constitucionais propriamente ditos, regulando de forma detalhada grande quantidade de temas o que acabou por provocar maior incidência judicial em questões constitucionais.²⁴⁹

²⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*. São Paulo. v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ Ibidem.

²⁴⁹ Ibidem.

Em tempos pretéritos o STF, guardião²⁵⁰ da Constituição, tinha pouca influência e expressividade, além de dificuldade em impor suas decisões aos demais magistrados, mas essa situação mudou, pois diversos acontecimentos relacionados à atuação do STF como julgamentos, votos e entrevistas dos ministros, passaram a ser televisionados quase que diariamente, além disto, atuando como foro especializado, julga criminalmente altas autoridades que frequentemente cometem crimes, o que causa grande repercussão na mídia, aumentando sua influência e prestígio.²⁵¹

O STF analisa originariamente atos secundários do parlamento ou do executivo, servindo como tribunal de pequenas causas políticas que exigem grande esforço e tempo do Tribunal Constitucional. É um tribunal de apelação ou última instância judicial que revisa grande quantidade de casos oriundos de outros tribunais. Exerce cumulativamente funções que normalmente seriam distribuídas a tribunais, foros judiciais especializados ou tribunais de recursos de última instância. Logo, quantitativamente, sua atuação é expressiva.²⁵²

Outro fato relevante foi a democratização do STF que possibilitou a atuação do *amici curiae* e da ocorrência das audiências públicas e que demandou mais tempo, atuação, esforço.

²⁵⁰ Se inicialmente as constituições foram utilizadas como instrumento de limitação do Poder do Estado, hodiernamente são vistas como documentos normativos do Estado e da sociedade e garantem direitos, liberdades dos cidadãos, como de todo o elenco de direitos - sociais, econômicos, culturais - encontrado em uma organização social e trazem, ainda, um complexo normativo vinculante, inclusive para a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Representam um momento de redefinição de relações políticas e sociais.

Como a Constituição ocupa o ápice das espécies normativas, exige que todas as situações jurídicas se conformem com seus princípios e preceitos. Filtragem constitucional é o processo através do qual se analisa se as espécies normativas, que integram o ordenamento jurídico, estão sendo produzidas em conformidade com os preceitos constitucionais.

Diante da importância da Constituição e da sua supremacia surgiram mecanismos para sua proteção. Como sistemas de proteção da Constituição temos a Jurisdição Constitucional que segundo Cappelletti se classifica em: a) controle de constitucionalidade e b) jurisdição constitucional das liberdades. Estas modalidades foram atribuídas ao Judiciário Brasileiro, mas não devem ser entendidas restritivamente como a forma de aferir a validade das leis e dos atos normativos infraconstitucionais em face da Lei Maior, pois o exercício da jurisdição constitucional deve buscar a plena e total concretização das normas constitucionais, sobretudo as que veiculam direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade brasileiro é misto e no caso do concreto-difuso cabe a qualquer juiz realizar a guarda da Constituição. Assim, O Supremo Tribunal Federal não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional.

Na verdade, somos todos guardiões da Constituição, pois a mesma traz garantias e direitos que nos interessam, mas sua defesa jurídica é dada ao Judiciário e a última palavra a um órgão específico. O termo guarda expresso na Constituição deve ser entendido como proteção e concretização e nesse sentido não permite que o Supremo Tribunal Federal possa inovar o seu texto ou a sua interpretação, assim sua atuação deve ser dar dentro de determinados parâmetros estabelecidos pela própria Constituição Federal. Esse entendimento está respaldado pela sua supremacia e rigidez.

Assim, guardar a Constituição é proteger, respeitar, obedecer e concretizar seus mandamentos, preceitos e princípios o que significa dizer respeito ao Estado Democrático de Direito, o que a todos, de forma direta ou indireta, é deferido.

²⁵¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

²⁵² Ibidem.

Por fim, devemos mencionar o aumento do seu ativismo judicial com seu envolvimento em questões polêmicas e políticas.²⁵³

O STF não tem se acanhado em avaliar uma escolha política substantiva realizada pelo Congresso Nacional em um processo legislativo democrático com amplo debate. Logo, o STF não age com deferência com o legislador exercendo função estranha a sua, inovando o ordenamento jurídico.²⁵⁴

A atuação do *amici curiae* nos debates, sendo elemento da sociedade civil, permite que surjam opiniões diversas, o que representa de certa forma uma democratização e politização do STF, mas que ocasiona a substituição do parlamento, dos partidos políticos e da regra da maioria pelas decisões do STF.²⁵⁵

Certos casos acabam exigindo utilização de argumentos científicos, religiosos ou econômicos para fundamentar as decisões do STF o que significa ampliação da sua atuação e que certamente ocasionará cobranças tendo em vista o impacto político das decisões. Esse ativismo judicial do STF o afasta do modelo de legislador negativo de Kelsen.²⁵⁶

A atuação do STF no caso da fidelidade partidária criou uma nova forma de perda de mandado não prevista na Constituição de 88, logo tem caráter legislativo incompatível com a função do STF que parece entender ser legítima a sua atuação como Poder Constituinte Reformador.²⁵⁷

3.2 - Controle de constitucionalidade no Supremo e a garantia de direitos fundamentais.

A ideia difundida nos meios jurídicos é de que tanto a Constituição de 88 quanto as emendas que sucederam procuram fundamentalmente a defesa dos direitos fundamentais e que a racionalidade é característica das decisões do STF. Por isso, se antes predominava o controle de constitucionalidade concreto-difuso, com o processo de abstrativização, o controle concentrado-abstrato assumiu lugar de destaque, pois é entendimento majoritário atual que ele é mais instrumental e racional, logo mais apropriado para a defesa dos direitos e garantias fundamentais e democrático e, por consequência, condizente com o espírito democrático da Constituição de 1988. Justificam esse entendimento, entre outras medidas, o aumento dos

²⁵³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo. v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ *Ibidem*.

legitimados a provocar o controle concentrado-abstrato e dele próprio em detrimento do controle concreto-difuso.²⁵⁸

Mas analisando as decisões proferidas pelo STF e a atuação dos legitimados o resultado parece não confirmar esse entendimento. É correto afirmar que a legitimidade da decisão do STF decorre de argumentação racional, aceitável, democrática e jurídica, podendo ou não ser política. Ocorre que ele utiliza preponderantemente argumentos formais e em especial que tendem a garantir a competência da União se confrontados com as dos Estados. A descoberta desse comportamento faz com que os legitimados, para obterem êxito em suas ações, trabalhem com esses argumentos. Logo, surge um sistema circular, pois os julgamentos que tiveram êxito apontam o melhor argumento a ser utilizado pelos legitimados.²⁵⁹

Percebe-se que o perfil das decisões indica que a maioria das ações julgadas procedentes atua, sobretudo, para a definição das competências dos agentes estatais, tendo pouca importância para os direitos fundamentais dos cidadãos. Além disso, como boa parte das decisões anula leis estaduais, e não federais, por motivo de violação da competência da União, um dos resultados é que o sistema contribui pouco para o equilíbrio federativo e para a realização dos direitos fundamentais, representando, em boa parte, apenas a imposição do poder da União para definir os assuntos políticos fundamentais.²⁶⁰

O fato do STF julgar processos relevantes improcedentes não justifica dar ao mesmo o poder de *judicial review*, pois para esta avaliação é necessário olhar para os motivos das procedências das decisões que demonstram a efetiva contribuição dada por ele para os direitos e deveres dos cidadãos.²⁶¹

Segundo Alexandre Araújo Costa e outros²⁶², a análise das decisões permite saber os beneficiários do ativismo judicial do STF e os argumentos mais aceitos por eles, além dos legitimados mais ativos e seus argumentos. Em regra é possível dizer que: dificilmente os Estados conseguem êxito contra a União nos conflitos de competência. Esse fenômeno está ligado a manutenção do pacto federativo pelo STF. Os Presidentes da República pouco utilizam as ADI.

²⁵⁸ COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; FILHO, João Telésforo N. de Medeiros. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs.** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/87101621>>. Acesso em: 10 out. 2012.

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ Ibidem.

²⁶² Ibidem.

Os Governadores são os legitimados que mais litigam em sede de ADI e os que tem maior percentual de êxito. Em geral, nos Estados, o Governador tem menor controle sobre a Assembleia e a judicialização das questões constitui meio altamente eficaz para satisfazer os seus interesses tendo em vista seu alto grau de êxito. Assunto de grande incidência é a preservação da sua prerrogativa de iniciativa. Esse estado de coisas implica em certo sentido no esvaziamento do Legislativo Estadual. O êxito dos Governadores não diz respeito a sua posição política, mas sim que o STF é sensível a argumentos de defesa da competência da União e a iniciativa privativa do governador. Quando os governadores trabalham com direitos fundamentais tem baixo êxito, logo pouco trabalham na busca dos interesses coletivos. Os Governadores procuram o STF para anular atos das Assembleias Legislativas contrários aos seus interesses. Metade de suas ações estão relacionadas a garantia da iniciativa privativa e a matérias que se relacionam com o Direito Administrativo. Os atos dos Governadores de Estado tem procedência 10 vezes maior que os do Executivo e Legislativo Federal.²⁶³

As Assembleias Legislativas buscam em suas ações interesse corporativo na limitação dos poderes dos Governadores. As Assembleias Legislativas estaduais usam pouco o controle concentrado-abstrato, provavelmente consequência do baixo êxito que conseguem.²⁶⁴

A atuação do Procurador Geral da República é mais diversificada, o que se explica pelo fato do mesmo representar pessoas, temas e argumentos variados. Mas ocorre grande número de processos ligados a interesses institucionais do MP como, por exemplo, os relativos a sua competência. Também tem relevância a atuação do MP em situações ligados a concursos públicos. E finalmente vale dizer que a sua atuação é pouco expressiva quando ligada a direito fundamentais.²⁶⁵

Relativamente à atuação dos partidos políticos é correto afirmar que não levam ao STF questões relativas a interesses coletivos e difusos, mas relativas aos seus próprios interesses institucionais, logo, questões eleitorais e políticas. Não atuam assim no interesses de determinados grupos os quais representam. Os partidos políticos tem muitos processos julgados, mas pequeno índice de êxito.²⁶⁶

Quanto às Entidades de Classe, atuam a favor do interesse corporativo dos membros que a representam e se beneficiam a sociedade, isso ocorre só de forma indireta. As que

²⁶³ COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; FILHO, João Telésforo N. de Medeiros. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs.** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/87101621>>. Acesso em: 10 out. 2012.

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ Ibidem.

obtem maior êxito estão ligadas às profissões jurídicas e suas ações mais representativas estão relacionadas aos direitos dos servidores públicos.²⁶⁷

Os partidos políticos, o Procurador-Geral da República, as Entidades de Classe e os Governadores de Estado dão maior utilização ao controle. Os Governadores e o PGR tem sucesso duas vezes superior aos Partidos Políticos e Entidades de Classe. O Procurador-Geral e os Governadores tem elevado êxito. Verifica-se também que atos legislativos são mais impugnados que os executivos e os judiciários. Processos com mais de um legitimado ativo são poucos, mas com alto índice de aprovação o que ocorre por serem interesses mais amplos. A Mesa da Câmara e a do Senado e o Presidente da República pouco utilizam o controle concentrado-abstrato de constitucionalidade.²⁶⁸

Segundo Alexandre Araújo Costa e outros²⁶⁹ se depreende também da atuação do STF as seguintes conclusões: Os fundamentos utilizados pelos legitimados se relacionam diretamente com o prévio conhecimento do êxito obtido junto ao STF anteriormente e com o interesse de cada legitimado. As questões relativas aos direitos fundamentais não são o grande objeto do controle concentrado-abstrato e o STF não contribuiu para a delimitação e definição do seu conteúdo que tem abertura interpretativa.

Indica ainda que sua atuação não incide sobre atos normativos de abrangência mais geral e não leva em consideração aspectos materiais. O que ocorre na verdade é que o STF exerce um controle da autonomia estadual, ora garantindo que não ocorra a invasão das competências da União, ora procurando impor o desenho institucional federal, aplicando o princípio da simetria. O controle efetuado com as ADIs é pouco e baixa sua eficácia, o que reflete o desinteresse dos legitimados na sua utilização e sua pequena contribuição para a defesa dos cidadãos, mesmo com o seu aumento.²⁷⁰

Esse contexto permite concluir que o controle concreto-difuso é mais democrático, efetivo e mais republicano, pois pode ser promovido por qualquer indivíduo e que nas decisões do STF, aspectos formais de constitucionalidade apresentam alto êxito e ao contrário do acontece com os direitos fundamentais.

²⁶⁷ COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; FILHO, João Telésforo N. de Medeiros. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs.** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/87101621>>. Acesso em: 10 out. 2012.

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ Ibidem.

²⁷⁰ Ibidem.

3.3 - Crítica à extensão do efeito *erga omnes* ao controle concreto-difuso.

As decisões proferidas no sistema concreto-difuso produzem efeito *inter partes* seja do STF, dos tribunais inferiores ou dos juízes ordinários. A norma é considerada constitucional mas é inválida para o caso concreto *sub judice*, mas continua em vigência no ordenamento jurídico, e aplicada a outros casos e sua eliminação somente ocorre com a edição de resolução pelo Senado Federal declarando a sua suspensão, conforme dispõe o artigo 52, X da Constituição Federal²⁷¹. No controle concentrado-abstrato quando o STF profere a decisão de inconstitucionalidade a norma é excluída automaticamente do ordenamento, logo não é necessária a atuação do Senado Federal. Nessa situação temos o STF atuando como um legislador negativo. Tendo as suas decisões eficácia *erga omnes*, valem para todos, e efeito vinculante, obrigando os demais órgãos do Poder Judiciário.²⁷²

Ocorre que tal sistemática vem sendo objeto de controvérsias, pois o Ministro Gilmar Ferreira Mendes questiona a sua utilidade no controle concreto-difuso que segundo ele estaria superada, pois o efeito *erga omnes* seria decorrência natural da decisão do STF e ao Senado Federal caberia dar publicidade a tal decisão. É relevante ressaltar que tal entendimento não estaria respaldado em uma reforma constitucional, mas em um processo denominado de mutação constitucional que daria um novo sentido ao texto, conforme se depreende do trecho do seu voto proferido na Reclamação 4335.²⁷³

[...]

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII).

[...]

Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso.

[...]

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a

²⁷¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

²⁷² LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru-PE: v.39. n. 2, p. 143-164, set. 2008.

²⁷³ *Ibidem*.

propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.
[...]

Antes de entrar nesta seara, vale esclarecer o que efetivamente se entende por mutação constitucional. Existem duas maneiras de se modificar a Constituição Federal: mutação e reforma. Reforma constitucional ocorre no texto da Constituição por acréscimo, supressão ou emenda, obedecidos os processos previstos na própria Constituição e mutação constitucional que promove mudança no significado, sentido ou alcance, permanecendo o texto inalterado, resultado de nova interpretação realizada pelo Judiciário com base em fundamentos que compatibilizam a mudança com as novas necessidades da sociedade, o que ocorre de forma lenta.²⁷⁴

Os defensores desta mutação constitucional alegam em síntese que a Constituição de 88 e o legislador aumentaram o controle concentrado-abstrato o que acabou por diminuir a atuação do controle concreto-difuso fato que permitiria reavaliar a atuação do Senado Federal.²⁷⁵

No Estados Unidos as decisões da Corte Suprema para um caso concreto são válidas para casos semelhantes e no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei será esta eliminada definitivamente do sistema judicial.²⁷⁶

No Brasil não existia um mecanismo correspondente ao *stare decisis* Americano que afirmasse que as instâncias inferiores deviam obediência às orientações do Tribunal Constitucional.²⁷⁷

No Brasil, caso seja declarada a inconstitucionalidade da lei no sistema concreto-difuso ela continua valendo para os demais órgãos judiciais, ocasionando a situação de uma lei valer para uns e não para outros, caso alguns juízes ou tribunais entenderem que a lei continua válida.²⁷⁸

Foi nesse contexto factual que a Constituição de 1934 atribuiu ao Senado Federal a competência de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF no sistema concreto-difuso. Somente na Constituição de 1946 com a EC 16 foi introduzido o controle de

²⁷⁴ LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru-PE: v.39. n. 2, p. 143-164, set. 2008.

²⁷⁵ Ibidem.

²⁷⁶ Ibidem.

²⁷⁷ Ibidem.

²⁷⁸ Ibidem.

constitucionalidade concentrado-abstrato. Ocorre que nesse momento somente o PGR detinha competência para utilização do novo sistema, ficando a sua utilização restrita e consequentemente o controle concreto-difuso permaneceu em destaque.

Na Constituição de 88 ocorreram mudanças que possibilitaram uma reviravolta na situação e se destacaram: o controle concentrado-abstrato e o STF que teve o seu serviço e prestígio aumentados. Essa nova estrutura do controle concentrado-abstrato acabou fazendo com que diversas controvérsias políticas, econômicas e sociais fossem resolvidas por decisões do STF o que se chamou de politização da jurisdição constitucional.²⁷⁹

O próprio Poder Reformador atuou em prol do controle concentrado-abstrato aumentando os legitimados, mantendo a ação direta e criando a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, mas o STF entendeu ser a competência do Senado Federal atribuída pelo constituinte originário, uma tradição brasileira iniciada na Constituição de 1891, ultrapassada e inútil. O que de certa forma foi incoerente e arbitrário, pois seguia algumas vontades dos Poderes Constituintes Originário e Reformador e outras não. Vale ressaltar que a razão de ordem política da atribuição ao Senado Federal é evitar um governo de juízes e tentar diminuí-la é um desrespeito a separação dos Poderes.²⁸⁰

Sinteticamente foram utilizados os seguintes argumentos: Como as decisões proferidas pelo STF no controle concentrado-abstrato tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante não necessitam da atuação do Senado Federal o mesmo poderia ocorrer no concreto-difuso, diminuindo o exame de processo idênticos e demora na prestação jurisdicional. O resultado do procedimento seria que a atuação do SF tornou-se obsoleta e ultrapassada, bastando ao mesmo dar publicidade às decisões do STF o que permitiria uma nova interpretação do artigo 52, X da Constituição Federal²⁸¹ por um processo denominado mutação constitucional.²⁸²

Para compreensão do fenômeno da mutação constitucional se faz necessário, inicialmente, realizar a diferenciação entre texto normativo ou enunciado normativo e norma jurídica. Quanto ao texto normativo vale esclarecer que se trata do efetivamente escrito, mas

²⁷⁹ LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru-PE: v.39. n. 2, p. 143-164, set. 2008.

²⁸⁰ Ibidem.

²⁸¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

²⁸² LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru-PE: v.39. n. 2, p. 143-164, set. 2008.

que deve ser interpretado, pois pode ter vários significados, o que ocorre principalmente na Constituição que está carregada de termos abertos, vagos e imprecisos. Partindo desse ponto deve o interprete, considerando o caso concreto, construir a norma a ser aplicada. Para essa construção concorre também a pré-compreensão do interprete. Logo, é possível se chegar a mais de uma norma para um mesmo texto normativo. A mutação constitucional é justamente a modificação da norma que é o resultado do processo de interpretação realizado pelo julgador.²⁸³

No voto proferido pelo Ministro Eros Graus na Reclamação 4335/AC existem dois conceitos de mutação constitucional. Um perfeitamente condizente com o até aqui exposto, outro afirmando que pela mutação constitucional temos também a mudança do texto normativo.²⁸⁴

[...]
passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a outro texto: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo STF, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”.
 [...]

Diante do exposto, a mutação proposta parece não estar condizente com a doutrina, nem com a jurisdição constitucional exercida pelo STF que está limitada pelo princípio da supremacia da Constituição. As possibilidades interpretativas são inversamente proporcionais à densidade normativa, logo, quanto maior a densidade normativa, menor a possibilidade interpretativa e quanto menor a densidade normativa, maior a possibilidade interpretativa e tal relação acaba por dizer quanto poder foi utilizado pelo legislador na elaboração da norma e quanto poder restou ao juiz para interpretá-la.²⁸⁵

O fenômeno da mutação normalmente se dá sobre conceitos abertos que ocorrem em preceitos constitucionais que tratam de princípios jurídicos, direitos e garantidas fundamentais. O que na verdade propõe o Ministro Eros grau é uma inovação que requer procedimento próprio previsto na Constituição.²⁸⁶

²⁸³ LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru-PE: v.39. n. 2, p. 143-164, set. 2008.

²⁸⁴ Ibidem.

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ Ibidem.

Assim, aceitar a tese da mutação constitucional proposta e modificar o próprio texto da Constituição desrespeitando a função precípua do Legislativo e transferi-la pontualmente ao STF, em verdadeira agressão ao princípio da separação dos Poderes, é transformar o Senado Federal, órgão representativo da soberania popular, em um diário oficial particular do STF.²⁸⁷

A súmula vinculante é um dos institutos que aproximou a controle concreto-difuso do concentrado-abstrato. Se a súmula vinculante retira a norma do sistema jurídico não há necessidade da manifestação do Senado. Na verdade o artigo 52, X da Constituição Federal de 88²⁸⁸ não foi revogado. Enquanto a súmula vinculante não for criada, a competência do Senado Federal continua. A súmula vinculante serve então para tornar obrigatória a observância de decisão proferida reiteradas vezes pelo STF, não sendo sequer necessária a adoção da tese da mutação constitucional que reduziria o Senado Federal a um órgão encarregado de dar publicidade às decisões do STF.²⁸⁹

Não se deve promover uma modificação da Constituição levando em consideração razões de pragmatismo e conveniência. O texto do artigo 52, X, da Constituição Federal²⁹⁰ tem grande densidade semântica que não permite a mutação constitucional pretendida.²⁹¹

Caso se deseje estabelecer tal entendimento legitimamente, deverá se dar por meio de reforma constitucional, havendo como meio alternativo, para dispensa da intervenção do Senado Federal no controle concreto-difuso, a utilização da súmula vinculante.²⁹²

²⁸⁷ LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru-PE: v.39. n. 2, p. 143-164, set. 2008.

²⁸⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

²⁸⁹ LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru-PE: v.39. n. 2, p. 143-164, set. 2008.

²⁹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

²⁹¹ LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru-PE: v.39. n. 2, p. 143-164, set. 2008.

²⁹² Ibidem.

4 - ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.

4.1 - Conceito e contextos da abstrativização.

Entende-se por abstrativização a aproximação dos efeitos do controle concreto-difuso com relação aos efeitos do controle concentrado-abstrato, como, por exemplo, os efeitos da decisão passarem de *inter partes* a *erga omnes*.²⁹³

Esse processo se manifesta na produção legislativa e na atuação do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido a Emenda Constitucional 45/2004 produziu algumas alterações importantes, como por exemplo: 1) adoção da súmula vinculante em matéria constitucional; e 2) possibilidade da inobservância da cláusula de reserva de plenário, observadas determinadas condições.²⁹⁴

O STF também produziu/tentou abstrativização em diversos entendimentos: 1) concedeu efeito *erga omnes* para o recurso extraordinário; 2) exigiu comprovação da repercussão geral no recurso extraordinário; 3) instituiu a transcendência dos motivos determinantes; e 4) tentou conceder efeito *erga omnes* para sua decisão proferida no controle concreto-difuso sem ser necessário a manifestação do Senado Federal.

Vamos sinteticamente analisar essas abstrativizações.

1) adoção da súmula vinculante em matéria constitucional.

A razão de ordem prática que foi utilizada para justificar sua criação foi diminuir a quantidade de processos de casos semelhantes que o STF tinha que examinar, tornando o sistema jurídico mais racional, efetivo e uniforme.

Entendeu ele que se vincula tanto os fundamentos quanto a parte dispositiva da decisão proferida pelos magistrados, prevendo a EC 45/2004 penalidades pelo descumprimento da vinculação e criando a reclamação como meio de recurso aos que se sentirem prejudicados.

A súmula vinculante se mal compreendida/utilizada, confronta o princípio da livre convicção dos magistrado e ganha características de lei, generalidade, obrigatoriedade e abstração, como vem ocorrendo.

²⁹³ ROSA, Michele Franco Rosa. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3082, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

²⁹⁴ Ibidem.

2) possibilitou a inobservância da cláusula de reserva de plenário, observadas determinadas condições.

As leis nascem com a presunção de constitucionalidade porque para existirem passam por um processo legislativo onde ocorre o chamado controle preventivo de constitucionalidade. Para uma lei ser declarada inconstitucional existe uma previsão no artigo 97 da Constituição Federal²⁹⁵ que exige a observância do voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais ou dos membros do respectivo órgão especial conhecida como cláusula de reserva de plenário que afirma que como regra geral órgãos fracionários dos tribunais não podem declarar a inconstitucionalidade da lei. Em sentido contrário, o STF acabou por se pronunciar pela possibilidade dessa declaração por órgão fracionário do tribunal quando verificado pronunciamento anterior do Tribunal Constitucional e que por fim foi confirmado pelo legislador no artigo 481, parágrafo único do CPC.²⁹⁶

[...]

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.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

[...]²⁹⁷

Esse procedimento acabou por aproximar os efeitos do controle concreto-difuso e do concentrado-abstrato, pois os órgãos fracionários passam a decidir de forma autônoma levando em consideração a declaração de inconstitucionalidade ou mesmo de constitucionalidade proferida *incidenter tantum* pelo pleno do STF ou órgão especial, que passa a ser geral e abstrata como a lei, ocorrendo o fenômeno da abstrativização do controle concreto-difuso.²⁹⁸

1) concedeu efeito *erga omnes* para o recurso extraordinário.

Os recursos extraordinário e especial tem, de forma simplificada, as seguintes características: O recurso extraordinário é de competência do STF. Tem como objeto questões

²⁹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

²⁹⁶ ROSA, Michele Franco Rosa. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3082, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

²⁹⁷ BRASIL. Lei nº 5.869, 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/5869compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

²⁹⁸ ROSA, Michele Franco Rosa. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3082, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 18 abr. 2013

constitucionais, sendo utilizado contra decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. O STF realiza os controles concentrado-abstrato e concreto-difuso. O controle concentrado-abstrato ocorre sobre constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, e normas federais, tendo como parâmetro a Constituição Federal com efeito *erga omnes*. O controle concreto-difuso ocorre no caso de competência originária ou no julgamento de recurso ordinários, tendo efeito *inter partes*. Por fim, de forma concreta-difusa, julga os recursos extraordinários das decisões provenientes do STJ, sendo os seus efeitos *inter partes*.²⁹⁹

O recurso especial é de competência do STJ. Tem como objeto questões infraconstitucionais. O STJ realiza controle concreto-difuso como os demais órgãos judiciais que ocorre em causas de competência originária ou recurso ordinário. Das suas decisões caberá recurso extraordinário para STF. Como sua atuação se realiza no controle concreto-difuso os efeitos são *inter partes*.³⁰⁰

A abstrativização do recurso extraordinário se dá quando os seus efeitos passarem a ser *erga omnes*, o que ocorrer, quando, segundo entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, deixar de ter como característica a defesa de interesse das partes para atuar na defesa da ordem constitucional, que, segundo afirma, seria uma orientação mais moderna.³⁰¹

[...]

O Recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse 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).

[...]

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para a atividade jurisdicional que transcende aos interesses subjetivos.

[...]

2) exigiu comprovação da repercussão geral no recurso extraordinário.

Outro fenômeno de abstrativização ocorreu com a adoção da repercussão geral no recurso extraordinário que tem por objetivo reduzir os processos a serem examinados pelo STF. A redução utiliza como critério a importância constitucional das causas, significando

²⁹⁹ ROSA, Michele Franco Rosa. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3082, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

³⁰⁰ Ibidem.

³⁰¹ Ibidem.

dizer que deveram transcender o interesses das partes envolvidas no processo. Como resultado da seleção teremos somente o exame de causas mais fundamentais e condizentes com o papel do STF. No artigo 102, § 3º, da Constituição Federal³⁰², observamos que não há uma delimitação clara da repercussão geral.³⁰³

[...]

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe.³⁰⁴

[...]

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

[...]

Assim, tanto o STF quanto o legislador ordinário deverão trabalhar para apontar a repercussão. Sendo esse trabalho mal realizado pelo STF, poderá servir como uma forma de não resolver questões mais tormentosas ou de políticas delicadas. A lei 11.418³⁰⁵

³⁰² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

³⁰³ Ibidem.

³⁰⁴ Se inicialmente as constituições foram utilizadas como instrumento de limitação do Poder do Estado, hodiernamente são vistas como documentos normativos do Estado e da sociedade e garantem direitos, liberdades dos cidadãos, como de todo o elenco de direitos - sociais, econômicos, culturais - encontrado em uma organização social e trazem, ainda, um complexo normativo vinculante, inclusive para a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Representam um momento de redefinição de relações políticas e sociais.

Como a Constituição ocupa o ápice das espécies normativas, exige que todas as situações jurídicas se conformem com seus princípios e preceitos. Filtragem constitucional é o processo através do qual se analisa se as espécies normativas, que integram o ordenamento jurídico, estão sendo produzidas em conformidade com os preceitos constitucionais.

Diante da importância da Constituição e da sua supremacia surgiram mecanismos para sua proteção. Como sistemas de proteção da Constituição temos a Jurisdição Constitucional que segundo Cappelletti se classifica em: a) controle de constitucionalidade e b) jurisdição constitucional das liberdades. Estas modalidades foram atribuídas ao Judiciário Brasileiro, mas não devem ser entendidas restritivamente como a forma de aferir a validade das leis e dos atos normativos infraconstitucionais em face da Lei Maior, pois o exercício da jurisdição constitucional deve buscar a plena e total concretização das normas constitucionais, sobretudo as que veiculam direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade brasileiro é misto e no caso do concreto-difuso cabe a qualquer juiz realizar a guarda da Constituição. Assim, O Supremo Tribunal Federal não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional.

Na verdade, somos todos guardiões da Constituição, pois a mesma traz garantias e direitos que nos interessam, mas sua defesa jurídica é dada ao Judiciário e a última palavra a um órgão específico. O termo guarda expresso na Constituição deve ser entendido como proteção e concretização e nesse sentido não permite que o Supremo Tribunal Federal possa inovar o seu texto ou a sua interpretação, assim sua atuação deve ser dar dentro de determinados parâmetros estabelecidos pela própria Constituição Federal. Esse entendimento está respaldado pela sua supremacia e rigidez.

Assim, guardar a Constituição é proteger, respeitar, obedecer e concretizar seus mandamentos, preceitos e princípios o que significa dizer respeito ao Estado Democrático de Direito, o que a todos, de forma direta ou indireta, é deferido.

³⁰⁵ BRASIL. LEI 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm>. Acesso em: 10 de out. de 2012.

regulamentou a repercussão geral alterando a redação do artigo 543-A do Código de Processo Civil:³⁰⁶

[...]

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

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

§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.

[...]³⁰⁷

A repercussão geral é um requisito de admissibilidade que deverá ser aferido pelo STF e não pelo órgão *a quo*. A verificação da abstrativização que ocorre na repercussão geral não é vista para um caso concreto e sim em abstrato, pois uma vez verificada a sua existência deve servir de parâmetro para as demais causas.³⁰⁸

3) instituiu a transcendência dos motivos determinantes.

Pela teoria da transcendência dos motivos determinantes não só a parte dispositiva da sentença³⁰⁹ tem efeito vinculante, como também os fundamentos utilizados na decisão que ocorreu no controle concreto-difuso. Alguns julgados do STF reconhecem efeitos *erga omnes* para a decisão de inconstitucionalidade ocorrida no controle de constitucionalidade concreto-difuso, dando-lhe características próprias do controle concentrado-abstrato. Fato ocorrido na ADI 3.345 proferida no RE 197.917/SP:³¹⁰

EMENTA: FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - PROCESSO DE

³⁰⁶ ROSA, Michele Franco Rosa. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3082, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

³⁰⁷ BRASIL. Lei nº 5.869, 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/5869compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

³⁰⁸ ROSA, Michele Franco Rosa. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3082, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

³⁰⁹ O artigo 458 do CPC exige como requisitos essenciais da sentença o relatório, os fundamentos de fato e de direito e o dispositivo. O relatório, peça autônoma, deve ser apartado dos fundamentos, mas tanto os de direito como os de fato podem ser enastrados. Na fundamentação é que o juiz analisa as questões de fato e de direito. No dispositivo (*decisum*), o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem, através de proposições que delimitem a prestação jurisdicional.

³¹⁰ ROSA, Michele Franco Rosa. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3082, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

CARÁTER OBJETIVO - LEGITIMIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (QUE ATUOU NO TSE) NO JULGAMENTO DE AÇÃO DIRETA AJUIZADA CONTRA ATO EMANADO DAQUELA ALTA CORTE ELEITORAL - INAPLICABILIDADE, EM REGRA, DOS INSTITUTOS DO IMPEDIMENTO E DA SUSPEIÇÃO AO PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO, RESSALVADA A POSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, POR QUALQUER MINISTRO DO STF, DE RAZÕES DE FORO ÍNTIMO.

[...]

CONSAGRAÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, COM A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 21.702/2004, DOS POSTULADOS DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA SEGURANÇA JURÍDICA. - O Tribunal Superior Eleitoral, ao editar a Resolução nº 21.702/2004, consubstanciadora de mera explicitação de anterior julgamento do Supremo Tribunal (RE 197.917/SP), limitou-se a agir em função de postulado essencial à valorização da própria ordem constitucional, cuja observância fez prevalecer, no plano do ordenamento positivo, a força normativa, a unidade e a supremacia da Lei Fundamental da República. EFEITO TRANSCENDENTE DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES DO JULGAMENTO DO RE 197.917/SP - INTERPRETAÇÃO DO INCISO IV DO ART. 29 DA CONSTITUIÇÃO. - O Tribunal Superior Eleitoral, expondo-se à eficácia irradiante dos motivos determinantes que fundamentaram o julgamento plenário do RE 197.917/SP, submeteu-se, na elaboração da Resolução nº 21.702/2004, ao princípio da força normativa da Constituição, que representa diretriz relevante no processo de interpretação concretizante do texto constitucional. - O TSE, ao assim proceder, adotou solução, que, legitimada pelo postulado da força normativa da Constituição, destinava-se a prevenir e a neutralizar situações que poderiam comprometer a correta composição das Câmaras Municipais brasileiras, considerada a existência, na matéria, de grave controvérsia jurídica resultante do ajuizamento, pelo Ministério Público, de inúmeras ações civis públicas em que se questionava a interpretação da cláusula de proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da Lei Fundamental da República. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional - que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição - põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

[...]

No mesmo sentido tem se pronunciado o Ministro Gilmar Mendes:

[...]

Observe-se, ainda, que, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, 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. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.
[...]³¹¹

4) o STF tenta conceder efeito *erga omnes* para sua decisão proferida no controle concreto-difuso sem ser necessária a manifestação do Senado Federal.

Para que a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concreto-difuso tenha efeito *erga omnes*, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal³¹² é necessária a manifestação do Senado Federal com a edição de uma resolução suspendendo a lei julgada inconstitucional.³¹³

O Supremo Tribunal Federal tem demonstrado na sua jurisprudência a possibilidade de dar efeito *erga omnes* às decisões proferidas no controle concreto-difuso sem a manifestação do Senado Federal ao qual caberia somente dar publicidade a sua decisão de inconstitucionalidade da lei, alegando em síntese ter ocorrido uma mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal³¹⁴. Transcrevemos parte da argumentação do Ministro Eros Graus, na Reclamação 4335:³¹⁵

[...]

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, que, como já observado reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1946 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 e de 1967/69 (art. 42, VIII).

[...]

Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. [...]

³¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004. Disponível em:

<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em: 20 jun de 2011.

³¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

³¹³ ROSA, Michele Franco Rosa. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3082, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

³¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

³¹⁵ ROSA, Michele Franco Rosa. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3082, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

Como se observa do texto constitucional essa competência é privativa do Senado Federal oriunda da vontade do Poder Constituinte Originário, logo, não passível de modificação pela vontade do Supremo Tribunal Federal fundamentada em uma possível “mutação constitucional”. Além disso, atribuir ao Senado Federal, órgão composto por eleitos pela vontade popular, a função de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal é incompatível com a sua importância e fere o princípio da separação das funções dos Poderes e o Estado Democrático de Direito. Tudo se justificando com questões práticas, com fundamento no princípio da efetividade da justiça e na celeridade processual. Cabe sim ao Senado verificar a real necessidade/justificativa da declaração da inconstitucionalidade da lei levando em consideração mais questão de ordem política do que técnica e, caso entenda necessário, promover a edição de uma nova norma para atender o interesse social buscado pela norma anteriormente declarada inconstitucional.³¹⁶

4.2 - Críticas à abstrativização e os efeitos do controle difuso de constitucionalidade.

O Tribunal Constitucional deve resguardar a Constituição de qualquer forma de violação, utilizando-se das formas de controle e com fundamento nas suas premissas de superioridade e rigidez. Mas deve agir observando o que foi estabelecido pelo Poder Constituinte Originário.³¹⁷

Desde 1891, o Brasil adota o controle concreto-difuso, sendo o controle concentrado-abstrato mais recente e se iniciado somente com a EC 16 de 1965. Nesta sistemática coube ao STF dar a última palavra, mas a sua atividade jurisdicional não é legislativa ou constituinte e deve reforçar a normatividade da Constituição para a construção do projeto de sociedade previsto pelo Poder Constituinte Originário. Não pode o Tribunal Constitucional subverter a Constituição a pretexto de que a está garantindo ou guardando.³¹⁸

³¹⁶ ROSA, Michele Franco Rosa. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3082, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

³¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12 (/revista/edições/2007, n. 1498(/revista/edições/2007/8/8), 8(/revista/edições/2007/8/9) ago. (/revista/edições2007/8) 2007 (/revista/edições/2007). Disponível em: <http://jus.com.br/resta/texto/10253>>. Acesso em: 6 out. 2012.

³¹⁸ Ibidem.

A competência do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF começou com a Constituição de 1934 e a Constituição da República de 88 manteve sua competência no artigo 52, X³¹⁹. Logo, é uma tradição brasileira, mas na verdade essa é uma questão secundária, pois o que se pretende analisar é se a supressão da atuação do Senado Federal no controle concreto-difuso como quer o STF viola a garantia constitucional dada aos direitos fundamentais e a harmonia e independência dos Poderes e se existe outra forma de se estender os efeitos sem incorrer nessa impropriedade.³²⁰

[...]

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;

[...]

Com essa finalidade começaremos ponderando que a Constituição diferencia o controle concreto-difuso do concentrado-abstrato, logo não é permitido ao STF equiparar os efeitos de controles diversos.³²¹

No controle de constitucionalidade concreto-difuso não se julga uma tese e não haverá como resultado uma teoria, mas uma decisão que é uma preliminar de mérito para resolução de um caso concreto. O efeito *erga omnes* pretendido pelo STF para esta decisão só se legítima quando existir a possibilidade de participação da sociedade que ocorre de forma indireta com a resolução do Senado Federal que é um órgão de representantes do povo.³²²

As reclamações são institutos do controle concreto-difuso que tratam do exame de casos concretos e se relacionam com questão prejudicial. Elas não incidem em discursos de fundamentação elaborados para casos sem partes, advogados ou fatos, ou seja, descontextualizada, e cabem contra decisões e não contra teses.³²³

³¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

³²⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12 (/revista/edições/2007, n. 1498(/revista/edições/2007/8/8), 8(/revista/edições/2007/8/9) ago. (/revista/edições2007/8) 2007 (/revista/edições/2007). Disponível em: <http://jus.com.br/resta/texto/10253>>. Acesso em: 6 out. 2012.

³²¹ Ibidem.

³²² Ibidem.

³²³ Ibidem.

Se os efeitos do controle concreto-difuso passarem a ser *erga omnes* atingirão pessoas que efetivamente não participaram do processo, o que fere os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5.º, LIV e LV, da Constituição Federal³²⁴, abaixo transcritos, o que significa dizer que ocorre uma lesão aos direitos fundamentais.³²⁵

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

É a atuação do Senado Federal que possibilita igualar os efeitos dos dois controles. É por esse motivo que ao editar a resolução que suspende a execução da lei, atua no plano da vigência e da eficácia da lei.³²⁶

Se a decisão de inconstitucionalidade do STF no controle concreto-difuso for *erga omnes* e *ex tunc*, então a de constitucionalidade terá os mesmos efeitos. Para que ocorra a integridade do direito, o que inclui a integridade da norma constitucional, se requer resolução do Senado Federal e que não pode deixar de ser aplicada em nome de argumentos políticos ou pragmáticos, pois a integridade do direito requer inclusive a integridade da constituição.³²⁷

Permitir o descumprimento do artigo 52, X da Constituição Federal³²⁸, é fazer surgir um precedente de desrespeito à Constituição e diminuição da sua força normativa e se um Tribunal Constitucional pudesse declarar a conformidade da norma com a Constituição, o resultado seria que a norma não mais acompanharia as modificações futuras para atender às

³²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

³²⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12 (/revista/edições/2007, n. 1498(/revista/edições/2007/8/8), 8(/revista/edições/2007/8/9) ago. (/revista/edições2007/8) 2007 (/revista/edições/2007). Disponível em: <http://jus.com.br/resta/texto/10253>>. Acesso em: 6 out. 2012.

³²⁶ Ibidem.

³²⁷ Ibidem.

³²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

necessidades sociais, pois se estaria atribuindo força obrigatória geral à declaração de constitucionalidade do tribunal. Estar-se-ia, ainda, dificultando uma interpretação evolutiva que adéqua a norma às situações históricas que vão mudando. Se a declaração de constitucionalidade tiver força obrigatória geral, uma decisão errada do Tribunal Constitucional de conformidade com a Constituição de uma norma estaria a modificar a Constituição e sua correção só poderia ocorrer por EC. Quando se nega a eficácia *erga omnes* à decisão de não-inconstitucionalidade é possível a correção de erros na apreciação de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional. Tais teses não vingaram no Brasil que preferiu conceder efeito vinculante a qualquer decisão sobre (in)constitucionalidade.³²⁹

Para o STF dar efeito vinculante ao controle concreto-difuso, respeitando os princípios democráticos e do devido processo legal, deve editar uma súmula vinculante que é diferente de uma decisão de inconstitucionalidade feita no controle concentrado-abstrato que funciona como uma derrogação de uma lei feita pelo Poder Legislativo. O STF quando declara a inconstitucionalidade de uma lei no controle concentrado-abstrato funciona como um legislador negativo.³³⁰

Pode acontecer de se querer a alteração do texto Constitucional por ter ocorrido mudança de uma situação concreta. Nesse caso é feita uma nova interpretação do texto Constitucional que continua o mesmo. Esse procedimento é denominado de mutação Constitucional. O que efetivamente ocorre é uma mudança da norma e não do texto, sendo, nesse procedimento, respeitados os princípios da Constituição.³³¹

A mutação constitucional é dita como um meio de atender às mudanças das necessidades sociais que ocorrem com o tempo. É uma concepção decisionista da jurisdição que entende serem as cortes constitucionais detentoras de Poderes Constituintes permanentes. Nesse sentido vale transcrever partes do voto proferido pelo Ministro Eros Graus na Reclamação 4335-5:³³²

³²⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12 (/revista/edições/2007, n. 1498(/revista/edições/2007/8/8), 8 (/revista/edições/2007/8/9) ago. (/revista/edições2007/8) 2007 (/revista/edições/2007). Disponível em: <http://jus.com.br/resta/texto/10253>>. Acesso em: 6 out. 2012.

³³⁰ Ibidem.

³³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 230.

³³² STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12 (/revista/edições/2007, n. 1498(/revista/edições/2007/8/8), 8

[...]

“passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a outro texto: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte , por decisão definitiva do Supremo”.

[...]

“mutação constitucional” não teria “excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?”

[...]

não houve qualquer anomalia de cunho interpretativo, pois o Ministro Gilmar teria apenas feito uma “autêntica mutação constitucional”: “Note-se bem que S. Exa. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição.

[...]

a mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência”

[...]

há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

[...]

pouco importa a circunstância de resultar estranha e peculiar, no novo texto, a competência conferida ao Senado Federal - competência privativa para cumprir um dever, o dever de publicação (=dever de dar publicidade) da decisão, do Supremo Tribunal Federal, de suspensão da execução da lei por ele declarada inconstitucional. Essa peculiaridade manifesta-se em razão da circunstância de cogitar-se, no caso, de uma situação de mutação constitucional.

[...]

em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto.

[...]

Pois é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a Jean-Pierre Vernant para dizer que o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico.

[...]

Mas não cabe ao Poder Jurisdicional, e especificamente ao Tribunal Constitucional, no contexto de uma democracia, interpretar o direito segundo a sua visão de realidade. Tal atuação é grave problema hermenêutico e de legitimidade de jurisdição constitucional, que

procura justificar a atualização do texto constitucional com a necessidade social que se modificou com o tempo e que estaria a exigir uma “jurisprudência corretiva”.³³³

A interpretação da Constituição não pode levar o STF a produzir novos textos. O judiciário não pode alterar por mutação a Constituição de um país e no direito não é possível a atribuição de qualquer sentido ao texto normativo, questão que ganha maior relevância quando estamos tratando do texto constitucional, pois pode ocorrer a substituição da vontade do Poder Constituinte pela do Poder Judiciário. Inclusive, acaba se substituindo o direito quando se justifica a alteração do texto com argumentos relacionados a custo-benefício, tendo uma pretensão de correção, que se fundamenta pela ocorrência de situações que foram experimentadas e que prometem resolver problemas futuros, se assemelhando às súmulas vinculantes. Tal fundamentação é equivocada, pois não é o STF um Poder Constituinte permanente e ilegítimo, que sem critério previamente estabelecido, está autorizado a promover suposta correção da Constituição Federal. Se o texto é obsoleto não tem o STF legitimidade para produzir outro. A tradição brasileira seria a do controle concreto-difuso e não concentrado-abstrato e mudar o texto é ir contra a tradição.³³⁴

³³³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12 (/revista/edições/2007, n. 1498(/revista/edições/2007/8/8), 8(/revista/edições/2007/8/9) ago. (/revista/edições2007/8) 2007 (/revista/edições/2007). Disponível em: <http://jus.com.br/resta/texto/10253>>. Acesso em: 6 out. 2012.

³³⁴ Ibidem.

CONCLUSÃO

Conforme visto anteriormente, sabemos que no mundo existem diversos Estados e cada um deles tem necessidades e aspirações diferentes decorrentes da sua evolução. Muitos deles utilizam um documento fundamental denominado de Constituição que sintetiza esse estado de coisas e que faz parte do sistema jurídico. Temas como direitos humanos, organização do Estado e formas de governo são tratados por ela. Como forma de facilitar o seu estudo foram criadas diversas classificações.

A sociedade está em constante transformação o que provoca mudanças nas suas relações, necessidades e nas forças políticas. Quando ocorre uma ruptura ou mesmo um desenvolvimento maior da sociedade pode surgir necessidade de uma nova Constituição pela atuação de um Poder Constituinte Originário. Mas, a sociedade exige que atualizações circunstanciais sejam promovidas, pois sua evolução não se dá em saltos e sim de forma permanente. O Poder Constituinte Derivado é que promove essa atualização.

A uniformização do sistema jurídico é realizada levando se em consideração a Constituição. Surge a inconstitucionalidade quando essa sistemática não é observada. Lei inconstitucional é inválida e ineficaz e não pode ser convalidada, mas continua existindo em quanto não for retirada do sistema jurídico.

O controle de constitucionalidade procura tornar as leis compatíveis com a Constituição e suas premissas são a supremacia e a rigidez. No Brasil, hodiernamente, se verifica que o controle judicial predomina, mas já tivemos controle político também. Tradicionalmente utilizamos o controle concreto-difuso, mas recentemente surgiu o concentrado-abstrato que foi aumentando. Temos dois tipos judiciais de controle: concreto-difuso e concentrado-abstrato, o que caracteriza um sistema misto.

A interpretação nem sempre foi valorizada, mas hoje é indispensável sua utilização para se delimitar, no texto normativo, a norma a ser aplicada. As normas são resultado da interpretação.

Jurisprudência é a reunião de interpretações de textos normativos que produziram uma norma a favor de determinada tese jurídica com grau de generalidade menor que das leis e utilizada em decisões em um determinado período e contexto social e que evolui.

No Estados Unidos a jurisprudência é muito utilizada e fundamentada detalhadamente com a doutrina e os precedentes. Na Inglaterra, substituiu os costumes por ser mais criteriosa e segura. Em Portugal era conhecida como assento e no processo de colonização foi trazida

para o Brasil, sendo adotada após a independência. É utilizada como uma fonte subsidiária do direito, pois aqui vigorava o princípio da supremacia legal. Com o tempo surgiram as súmulas vinculantes que reuniam jurisprudência do STF com finalidade de tornar sua utilização obrigatória pelos demais magistrados.

As sociedades precisam de Direitos diferentes e regras, sistemas jurídicos, métodos de interpretação, vocábulos e conceitos são elementos que permitem diferenciá-los. Para facilitar o estudo dos Direitos são realizados agrupamentos em famílias(sistemas) que apresentam determinadas características comuns. O *common law* e o *civil law* são famílias que influenciam até hoje o direito brasileiro.

O sistema de precedentes do *common law* tem os seus institutos, métodos, princípios, regras e valores que foram criados para funcionarem juntos. Estes elementos não devem ser transportados para o *civil law* por apresentarem semelhanças de significado. Tanto o texto normativo quanto o precedente precisam ser interpretados, logo quem entende que este sistema é mais rápido, demonstra desconhecimento do seu funcionamento. Só podemos afirmar que se trata de um sistema diferente do *civil law*.

No Brasil, a súmula foi utilizada como: sistema de referência, forma de persuasão e hoje também como meio de vinculação, então, era somente facultativa e agora pode ser também obrigatória. A súmula reuni interpretações a favor de uma tese jurídica que não é uma lei, pois produção legislativa é função do Poder Legislativo. A súmula vinculante surgiu para: solucionar divergência jurisprudencial, promover tratamento isonômico dos jurisdicionados, subordinar os magistrados às decisões do STF e diminuir o seu trabalho.

A compreensão do sistema de precedentes americano pode ser de grande utilidade para procedermos à análise da atuação do STF na edição da súmula vinculante. Os precedentes americanos evoluem com a participação dos integrantes do seu sistema jurídico, evidenciando sua característica democrática. Ocorre através da compreensão circular do conteúdo da decisão.

Criação tupiniquim, a súmula vinculante guarda algumas semelhantes com o precedente americano, mas como são utilizados em sistemas diferentes, qualquer tentativa de comparação resultará ineficaz. O STF não é deferente com a jurisprudência e com a doutrina nacional, atuando de forma autoritária, o que fica evidenciando pelo efeito vinculante e pela duvidosa legitimidade de edição e revisão do texto sumulado. É importante perceber que a

compreensão circular da súmula vinculante proporciona legitimidade pela participação de todos, produzindo um sistema certamente mais democrático e consistente.

Não devemos confundir sistema de precedentes com precedentes. Aquele é um sistema jurídico que utiliza o método indutivo que se inicia no caso concreto para a produção da norma a ser utilizada na resolução do caso concreto e este é o seu principal instituto.

Precedente é um caso julgado capaz de influenciar a resolução de outros casos que apresentam fatos semelhantes e que ocorrem em um mesmo contexto social. É individualizado, pois tem partes e advogado. Forma-se com a tradição e não está na lei ou na Constituição. É de aplicação facultativa, mediata, pois necessita de interpretação e sua utilização requer fundamentação. Vincula os fundamentos e a parte dispositiva da decisão. Decidiu um caso passado e no futuro seu uso é incidental. É a análise das características do caso *sub judice* que permite saber se é possível utilizá-lo.

O sistema legalista funciona baseado no texto normativo que é geral e abstrato, não sendo capaz de transmitir toda a realidade, precisa ser interpretado e delimitado por um método dedutivo para a criação da norma a ser aplicada no caso *sub judice*. Como exemplo de instituto desse sistema temos as súmulas vinculantes brasileiras que: não possuem partes e advogados; não podem ser individualizadas; são de aplicação mediata, pois requerem interpretação; solucionam casos futuros; e são de uso obrigatório e procuram impedir decisões diferentes sobre a mesma matéria.

Algumas características do precedente estão presentes na súmula vinculante, mas estes institutos foram criados para funcionarem em sistemas diferentes e não é possível estabelecer um razoável paralelo entre eles. A súmula vinculante brasileira tem pontos positivos e um problema de legitimidade na sistemática da reclamação que permite que o órgão emissor seja fiscalizador da sua utilização. É importante ressaltar que qualquer que seja o instituto ou o sistema que vai ser utilizado é preciso fundamentar.

O *common law* se preocupa essencialmente com a resolução de casos concretos e foi estruturado com a sistemática dos precedentes, utilizando o método indutivo. O *civil law* quer estabelecer normas de conduta geral e parte da lei que entra no sistema com a presunção de constitucionalidade, utilizando o método dedutivo para produzir a norma para a resolução dos casos concretos.

Os sistemas se diferenciam ainda em muitos aspectos. No *common law* o Tribunal Constitucional geralmente está inserido no judiciário e suas decisões são utilizadas para

vincular os fundamentos e a parte dispositiva da decisão. No *civil law* a Corte Constitucional não está no judiciário e utiliza sua decisão para vincular, normalmente, somente a parte dispositiva. Estas características reforçam que a criação de um paralelo entre a súmula vinculante e a teoria dos precedentes também só ocorre de forma superficial.

Essencialmente o *common law* foi judicialista e jurisprudencialista e utilizava método indutivo para a interpretação do precedente e produção da norma que seria aplicada ao caso *sub judice* e o *civil law* era legalista e normativista e utilizava método dedutivo para interpretação do texto normativo e produzir a norma que ia ser aplicada. Com o tempo os sistemas foram se aproximando e no Brasil a súmula vinculante contribuiu para isso.

A súmula vinculante brasileira é a tentativa de concretizar a ideia de que a mesma tese resultante de decisões anteriores pode ser utilizada para resolver diversos casos e ser compulsoriamente imposta aos órgãos que sejam inferiores ao seu emissor, com a finalidade de unificar e racionalizar o sistema judiciário e tornar mais célere a prestação jurisdicional.

O efeito *erga omnes* da decisão do STF produz uniformização e segurança e leva em consideração os fundamentos da inicial e o sistema jurídico como um todo. Sua atuação está preocupada em acompanhar as mudanças sociais. A transcendência dos motivos determinantes é a ideia de que os fundamentos e a parte dispositiva da decisão são vinculados pela súmula vinculante e essa compreensão é que permite a sua evolução e não a opinião pessoal dos magistrados.

As Constituições desempenham importante papel nas sociedades modernas, pois seus conteúdos estão repletos de direitos, garantias e políticas públicas que foram conquistados durante seu desenvolvimento e que precisam ser mantidos. Por esse motivo o Poder Constituinte Originário passou a desconfiar dos legisladores, delegando aos magistrados sua proteção o que também ocorreu na Constituição Brasileira de 88 que aumentou o poder jurisdicional do STF a ponto de provocar um desequilíbrio na repartição dos Poderes.

Mas tudo: poder, ativismo judicial, atuação, expressividade e democratização do STF merecem uma análise mais detalhada. O STF, tal o poder que detém hoje, exerce inclusive a função de criar regras, o que na verdade deveria ficar restrita aos órgãos legislativos que estão submetidos a um controle de natureza democrática. A ampliação do ativismo judicial do STF corresponde, de certa forma, à usurpação da função do Poder Legislativo que é o órgão democrático e apropriado para promover debates políticos.

O STF tem que se manifestar sobre uma grande quantidade de decisões e ações e por isso resolveu selecionar as mais importantes e impor os seus entendimentos aos demais tribunais para diminuir a análise de casos repetidos e o seu trabalho. Os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante foram, respectivamente, criados para tentar resolver esses problemas práticos e acabaram acentuando os relacionados à legitimidade, exercício de função do Poder Legislativo e supressão de direitos e garantias fundamentais

No controle concentrado-abstrato os fundamentos utilizados pelos legitimados se relacionam diretamente com o prévio conhecimento do êxito obtido junto ao STF e com o interesse de cada legitimado. As questões relativas aos direitos fundamentais não são o grande objeto desse controle e o STF não contribuiu para a delimitação e definição do seu conteúdo que tem abertura interpretativa.

Podemos perceber ainda que a atuação do STF não incide sobre atos normativos de abrangência mais geral e não leva em consideração aspectos materiais. O que ocorre na verdade é que ele exerce um controle da autonomia estadual, ora garantindo que não ocorra a invasão das competências da União, ora procurando impor o desenho institucional federal, aplicando o princípio da simetria. O controle efetuado com as ADIs é pouco e baixa sua eficácia, o que reflete o desinteresse dos legitimados na sua utilização e sua pequena contribuição para a defesa dos cidadãos.

Esse conjunto fático permite concluir que o controle concreto-difuso é mais democrático, efetivo e republicano, pois pode ser promovido por qualquer indivíduo e que nas decisões do STF, aspectos formais de constitucionalidade apresentam alto êxito e ao contrário do acontece com os direitos fundamentais(aspectos materiais).

O controle concentrado-abstrato tem efeito *erga omnes* e é mais recente. O concreto-difuso tem efeito *inter partes* e é mais democrático e legítimo, pois, é realizado por magistrados e advogados e inicialmente predominava no sistema jurídico brasileiro. Ocorreu no Brasil politização da jurisdição constitucional, aumento do prestígio, atuação e poder do STF e conseqüentemente o controle concentrado-abstrato começou ter um aumento.

O STF entendia que tinha que examinar grande quantidade de causas repetidas desnecessariamente, pois sua decisão também tinha efeito *erga omnes* no controle concreto-difuso. Segundo ele, seu entendimento era confirmado pelas mudanças ocorridas na legislação brasileira e na prática. Assim, a tradicional competência do SF já estava ultrapassada e seria

inútil, o que era perceptível na mutação constitucional ocorrida no artigo 52, X da Constituição Federal³³⁵.

Mas alguns fundamentos utilizados foram contestados: a correta compreensão do fenômeno de mutação constitucional é no sentido de que ela modifica a norma(interpretação) e não o texto(enunciado normativo); ocorreu uma indevida modificação das atribuições do SF, pois estavam previstas na Constituição o que provocou um problema na repartição das funções dos Poderes; O STF atuaria de forma contraditória caso respeitasse somente algumas partes do texto normativo constitucional; e o SF é um órgão integrado por representantes do povo e mais apto a verificar a necessidade da eficácia *erga omnes* no controle concreto-difuso, levando em consideração questões políticas, econômicas e sociais. E afirmaram ainda que a utilização da súmula vinculante poderia aproximar os efeitos do controle concreto-difuso e concentrado-abstrato sem a adoção da tese da mutação constitucional.

Abstrativização é o fenômeno jurídico que traduz a ideia de aproximação dos efeitos do controle concreto-difuso dos efeitos do controle concentrado-abstrato. A legislação contém alguns exemplos de abstrativização que foram construídas pela doutrina ou mesmo pela atuação do STF e posteriormente incorporadas ao sistema jurídico: 1) adoção da súmula vinculante em matéria constitucional; 2) inobservância da cláusula de reserva de plenário, observadas determinadas condições.

O STF já proferiu diversos entendimentos e decisões que provocaram a abstrativização e outros estão pendentes: 1) concedeu efeito *erga omnes* para o recurso extraordinário; 2) exigiu comprovação da repercussão geral no recurso extraordinário; 3) instituiu a transcendência dos motivos determinantes; e 4) tentou conceder efeito *erga omnes* para sua decisão proferida no controle difuso sem ser necessária a manifestação do Senado Federal. De fato a abstrativização vem ocorrendo e se acentuando em grande parte pela atuação do STF dentro de um contexto maior conhecido de politização da jurisdição constitucional.

A rigidez e a supremacia são as premissas que permitem que a Constituição seja utilizada pelo STF como parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade nas modalidades constitucionais previstas - concentrado-abstrato e concreto-difuso – que possuem efeitos diferentes, *erga omnes* e *inter partes*, respectivamente. Situação que nos permite afirmar que o Brasil adota um sistema misto e quando a decisão ocorre no sistema concreto-

³³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

difuso, para que possa produzir efeitos *erga omnes*, é necessária manifestação do SF, que por ser um órgão composto por representantes do povo por um processo democrático, torna sua decisão mais legítima.

Recentemente surgiu no STF o entendimento de que lhe seria legítimo mudar em alguns casos o efeito do controle concreto-difuso para *erga omnes* em decorrência de mutação constitucional. Para fundamentar tal entendimento procurou demonstrar que o controle concentrado-abstrato seria mais democrático, moderno e que por mutação constitucional seria possível mudar o próprio texto constitucional ou interpretá-lo de forma diferente, o que foi contestado por alguns doutrinadores e magistrados, afirmando em síntese que: as próprias premissas que possibilitam o controle de constitucionalidade: rigidez e supremacia não permitem a modificação do texto constitucional e que por ser intensa a densidade do texto do artigo 52, X, da Constituição Federal³³⁶, não é possível a interpretação pretendida pelo STF.

Finalizaremos o trabalho concluindo: que o fenômeno da abstrativização está relacionado com o problema da crise do judiciário no que se refere a sua incapacidade de atender a demanda de processos, como também aos direitos e garantias fundamentais, legitimidade do STF, normatividade e proteção da Constituição, repartição das funções dos Poderes e livre convencimento do magistrado e que especificamente a abstrativização que ocorre com a adoção da súmula vinculante é na verdade a tentativa de utilização da sistemática dos precedentes do *common law* no *civil law* e apresenta várias impropriedades de: a) razão prática: tanto a súmula vinculante quanto a lei requerem interpretação, porém a sistemática dos precedentes requer mais, se for utilizada corretamente, logo, não vai diminuir o trabalho e sim aumentar e a atualização da súmula vinculante deve ser feita por advogados e magistrados, levando em consideração os casos concretos, logo a questão da obrigatoriedade deve ser mitigada; b) razão técnica: desrespeito à normatividade da Constituição, ilegitimidade STF, não deferência à doutrina e à jurisprudência e aos demais magistrados, agressão ao princípio do livre convencimento do magistrado, inadequada produção legislativa, mutação inconstitucional e desrespeito aos direitos e garantias fundamentais; e c) razão política: usurpação de função do Poder Legislativo e do Poder Constituinte Originário e de causar a prevalência de um sistema de controle menos democrático.

³³⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05, de outubro de 1988.

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

REFERÊNCIAS

- ASSMAN, Eduardo Christini. A Súmula Vinculante e a Súmula Impeditiva de Recurso. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano IX, n° 41, 2007.
- BARBOSA, Daniel Favaretto. “Reforma do judiciário”, celeridade do processo e as “súmulas vinculantes”: considerações para uma análise crítica da EC 45/2004. **Revista de processo**. Ano 183, n. 138, ago. 2006.
- BERMUDES, Sergio. **A Reforma do Judiciário Pela Emenda Constitucional n. 45**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; FILHO, João Telésforo N. de Medeiros. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/87101621>>. Acesso em: 10 out. 2012.
- COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DIAS, João Luís Fisher. **O efeito vinculante: - dos precedentes jurisprudenciais- das súmulas dos tribunais**. São Paulo: Thomson, 2004.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.
- FIGUEIRAS, Júlio da Costa. **Objetivação do controle difuso de constitucionalidade**. 2006. Monografia apresentada ao curso de direito como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em direito da Universidade Santa Úrsula, 2006.
- LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEAL, Vitor Nunes. **A renovação de métodos do Supremo Tribunal e a súmula de sua jurisprudência predominante. Problemas de Direito Público e outros Problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, v. 2, 1997.
- LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru-PE: v.39. n. 2, p. 143-164, set. 2008.
- _____, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no Direito**. 1. ed. São Paulo: LTR, 2001.

LOPES, João Batista. **Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil**. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro (Coord.). **Reforma do Judiciário – analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: v.34 n. 172, p. 175-232, jun. 2009.

_____, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: A ênfase a *ratio decidendi* e a força obrigatória dos precedentes. In: **Revista de Processo**. São Paulo: v.35 n.184, p. 9-41, jun. 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n. 241, p. 209-240, jul./set. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal os processos de controle abstrato de normas. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>. Acesso em: 04 mai. 2005.

_____, Gilmar Ferreira. **Súmula vinculante/Efeito vinculante**. **Revista do Tribunal Regional Federal**. 1ª Região: Agosto, n. 8, ano 14, 2002.

_____, Gilmar Ferreira; PFLUG, Samantha Meyer. Mecanismos de celeridade e simplificação da prestação jurisdicional: breve análise da repercussão geral e da súmula vinculante. In: Filho, Ives Gandra da Silva Martins (org.).

_____, Gilmar Ferreira; PFLUG, Samantha Meyer. **Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004**. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm et al. (org.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alessandra. Súmulas Vinculantes: evolução ou retrocesso? Disponível em: <http://www.alessandramoraes.com>. Acesso em: 04 jun. 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A emenda constitucional n. 45 e o processo. **Revista Forense**. v. 102, n. 383, jan./fev. 2006.

MUSCARI, Marco Antônio Botto Muscari. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). et al. **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005.

_____, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

PESSÔA, Leonel Cesarino. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: LTR, 2007.

ROCHA, Lincoln Magalhães. **Direito Sumular. Uma experiência vitoriosa do Poder Judiciário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Shogun Arte, 1983.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n.45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (org.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005.

ROSA, Michele Franco. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3082, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

SÁ, Djanira Radamés de. **Súmula vinculante: análise crítica e sua adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, Antônio Álvares da. **As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTR, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes? In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: v.17 n.78, p. 284-319, maio/jun. 2009.

_____, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12 (/revista/edições/2007), n. 1498(/revista/edições/2007/8/8), 8(/revista/edições/2007/8/9) ago. (/revista/edições2007/8) 2007 (/revista/edições/2007). Disponível em: <http://jus.com.br/resta/texto/10253>>. Acesso em: 6 out. 2012.

TAVARES, André Ramos. As decisões vinculantes (precedentes) da justiça constitucional. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**: v.3 n.11, p. 15-34, jul./set. 2009.

_____, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n.12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

_____, André Ramos; LENZA, Pedro e LARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante**. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A garantia fundamental contra a demora no julgamento dos processos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional. n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1994.

_____, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo. v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **A reforma do judiciário e as súmulas de efeito vinculantes**. In: TAVARES, André Ramos (org.). **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. Reforma do Judiciário: **Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005.

ROSA, Michele Franco. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3082, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20586>>. Acesso em: 18 abr. 2013.