



Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

MUTAÇÃO DO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
E A TEORIA PRAGMÁTICA DO DIREITO DE RICHARD A. POSNER

GREGÓRIO MAGNO DE MOURA SIQUEIRA

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, no curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

Orientador: Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco

Brasília – DF

2014

GREGÓRIO MAGNO DE MOURA SIQUEIRA

**MUTAÇÃO DO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
E A TEORIA PRAGMÁTICA DO DIREITO DE RICHARD A. POSNER**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, no curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/_____, com menção
_____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco – Orientador
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Integrante:

Integrante:

RESUMO

A presente dissertação tem por finalidade esclarecer que o significado do art. 52, inciso X, da Constituição da República foi alterado pela incidência do instituto da mutação constitucional, e dessa forma o Senado Federal não tem mais lugar no controle judicial de constitucionalidade. Essa conclusão é baseada em critérios racionais, circunstâncias históricas e dados concretos sobre a realidade da prestação jurisdicional no Brasil – elementos pragmáticos, segundo a teoria pragmática do direito desenvolvida por Richard Allen Posner em *Law, Pragmatism and Democracy*.

ABSTRACT

This Master's thesis aims at clarifying that a constitutional change ("*mutação constitucional*"), applied to the meaning of Article 52, item X of the Brazilian Constitution, deprived the Senate of its former role in the judicial reviewing of constitutional matters. The thesis further illustrates that the legitimacy of this renewed meaning of the Constitution is not only endorsed by historical factors and by material evidence on the actuality of justice administration in Brazil, but also supported by reasonableness. It conveys a pragmatic response to the issue, in accordance with the pragmatic theory of law developed by Richard Allen Posner in "Law, Pragmatism and Democracy".

PALAVRAS-CHAVES

Controle de constitucionalidade difuso. Resolução suspensiva do Senado Federal. Mutações constitucionais. Pragmatismo.

“If changing judges changes law, it is not even clear what law is”.
(Richard. A. Posner)

“The courts must declare the sense of the law; and if they should be disposed to exercise *will* instead of *judgement*, the consequence would equally be the substitution of their pleasure to that of the legislative body”. (Alexander Hamilton)

“O proprio sol, sôltas as redeas á phantasia das divagações, contavam os antigos que incendiara o mundo”. (Rui Barbosa)

AGRADECIMENTOS

As longas e exaustivas jornadas diárias que enfrentei durante a realização de todo o Mestrado tornaram a elaboração dessa dissertação tarefa especialmente desafiadora. Por outro lado, muito de sua forma deve-se à minha experiência diária vivida no Superior Tribunal de Justiça. É por isso que agradeço imensamente à Ministra Laurita Vaz, a quem tenho a honra e o prazer de assessorar.

Agradeço, com a mesma intensidade, a meus amados pais, irmãos, primos e amigos. Sem eles, a realização de qualquer tarefa, da mais simples à mais complexa, não faria sentido.

Finalmente, agradeço ao Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco por toda presteza, apoio e incentivo. Sem isso o trabalho não teria sido realizado.

SUMÁRIO

Introdução.....	7
1. Constatações sobre a resolução suspensiva de norma inconstitucional ao longo do desenvolvimento histórico do <i>judicial review</i>	19
1.1. A Assembleia Nacional Constituinte de 1933-1934 e a gênese da atribuição para conferir efeitos <i>erga omnes</i> à declaração de inconstitucionalidade do STF: fórmula prestigiadora do sistema de <i>checks and balances</i> , e não de intervenção de um poder sobre outro	19
1.2. O advento da representação de inconstitucionalidade e a postura não minimalista do Supremo Tribunal Federal quando excluiu a participação do Senado no controle abstrato	27
1.3. A resolução suspensiva hoje e a sua falta de vocação para estabelecer um espaço de diálogo democrático-institucional profundo entre o Senado Federal e o Supremo.....	36
1.4. Considerações finais	49
2. A nova perspectiva da via difusa	55
2.1. A expansão dos efeitos das decisões em casos concretos	56
2.2. Breves apontamentos sobre a origem do <i>stare decisis</i> no <i>common law</i> e o seu paralelo com o <i>judicial decision making</i> no Brasil.....	64
2.3. Segurança jurídica e as vantagens da doutrina dos precedentes.....	77
2.4. O controle de constitucionalidade difuso e sua índole democrática.....	83
3. A mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição da República à luz da teoria pragmática do direito de Richard. A. Posner.....	92
3.1. Alguns princípios da teoria pragmática do direito em <i>Law, Pragmatism and Democracy</i>	98
3.2. Constatações sobre a realidade da prestação jurisdicional no Brasil	107
3.3. A resolução do Senado suspensiva de norma inconstitucional e a teoria pragmática do direito em <i>Law, Pragmatism and Democracy</i>	120
Conclusão.....	124
Bibliografia.....	130
Anexos.....	137

INTRODUÇÃO

O *civil law* e o *common law*¹ são as duas grandes tradições² dos ordenamentos jurídicos do Ocidente. O brasileiro é baseado no *civil law* e tem raiz romano-germânica.

Afastada dos preceitos do *common law*, a prestação jurisdicional no país desenvolveu-se ao lado da premissa de que as razões de decidir do juiz solucionam unicamente o litígio das partes e não vinculam outrem que não tenham participado da relação processual. Essa orientação permeou, historicamente, inclusive a prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF)³.

Esse quadro, contudo, sofre alteração hoje.

Após a consolidação do controle de constitucionalidade abstrato como método no qual suas decisões produzem eficácia contra todos e têm efeitos vinculantes, agora as atenções tanto do Constituinte Derivado quanto do Legislador voltaram-se para o controle difuso. Iniciou-se um amplo movimento de edição de normas para expandir os efeitos das decisões proferidas na via subjetiva.

¹ Em breves palavras, uma diferenciação básica entre essas tradições é a de que “[o] *common law* pode ser entendido como o direito desenvolvido pelos juízes, em vez de corporificado em [...] normas codificadas, como ocorre no sistema de *civil law*” (FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução: Eduardo Saldanha, 1.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, p. 68).

² O vocábulo ‘sistema’ exprime a concepção de um conjunto formado por elementos muito mais precisos do que a ideia de ‘tradição’. Por isso, o emprego desta expressão no lugar daquela tem especial significado neste trabalho, em que institutos das ‘tradições’ do *common law* e do *civil law* serão analisados. Ainda que por vezes a palavra ‘sistema’ seja utilizada, não o será com essa acepção estrita. É a conclusão que tiveram Priscila Soares Crocetti e Paulo Henrique Dias Drumond: “[e]nquanto expressões de cultura jurídica que são, tais tradições não se revelam estanques. Estão sujeitas a um longo e incessante processo de transformação. Há noções visceralmente ligadas a uma determinada tradição que já não detém absolutamente a força que revelavam no momento de sua concepção” (CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). *A Força dos Precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: JusPodvim, 2010, p. 11-12).

³ “Os julgamentos do S.T.F., nos Conflitos de Jurisdição e nos Recursos Extraordinários [...] têm eficácia apenas “inter partes”, não “erga omnes”, por encerrarem, apenas, controle difuso (“in concreto”) de constitucionalidade” (Rcl 447/PE, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 31.03.1995).

Há esse esforço também no âmbito do Judiciário, e a criação formal de normas, somente, não o explica. Observa-se na jurisprudência, notadamente na do STF, o nítido impulso de entregar eficácia *ultra partes* onde não houve qualquer alteração dispositiva em tal sentido. Os efeitos tradicionalmente conferidos a decisões da Corte passaram a ganhar maior amplitude. Sem qualquer pretensão de ser exaustivo, nem de discorrer sobre a natureza dessas ações, isso ocorreu, exemplificativamente, nos seguintes casos: na declaração de validade da resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que instituiu a fidelidade partidária (mandados de segurança⁴); na definição dos parâmetros referentes ao exercício do direito de greve no serviço público, diante da mora do parlamento para editar lei regulamentadora (mandados de injunção⁵); ou ainda – sob uma ótica diversa – na superação de óbices processuais para que orientações do Plenário do Supremo sejam aplicadas em casos concretos⁶.

Isso tem sido comumente chamado de objetivação⁷ (por vezes tratado como objetivação do controle difuso, por outras como objetivação do recurso extraordinário⁸ – RE).

⁴ MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau; MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello; e MS 26.604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia.

⁵ MI 670/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, redator para o acórdão Min. Gilmar Mendes; MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; e MI 712/PA, Rel. min. Eros Grau.

⁶ Exemplificativamente, no julgamento do AI-AgR 375.011/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, proferiu-se decisão no sentido da “flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária [da] Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada”, nos termos do voto da relatora. Na oportunidade, a Ministra Ellen Gracie registou que sua conclusão observava o “caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional” (DJ 28.10.2004).

⁷ A expressão, adotada pela doutrina, também é empregada pelo próprio STF. Exemplificativamente: “[o] Supremo Tribunal Federal tem entendido, a respeito da tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que ele 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” (RE-AgR 475.812/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ 04.08.2006).

⁸ Muito embora mais lembrado o caso do recurso extraordinário, a objetivação refere-se, na verdade, a todos os feitos da via difusa, tanto da competência recursal da Corte Suprema quanto de sua competência originária (como *habeas corpus*, mandado de injunção e mandado de segurança). Inclusive a decisão que se alegou desrespeitada na Rcl 4.335 – feito central no presente estudo – foi proferida no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, no qual se declarou a inconstitucionalidade incidental da vedação a progressão de regime prisional a condenados por crimes hediondos.

Nessa conjuntura, talvez o avanço mais significativo seja aquele que pretende assentar novo significado ao art. 52, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil, por expressa incidência do instituto da mutação constitucional. Isso foi defendido em dois votos proferidos no julgamento da Reclamação (Rcl) n.º 4.335/AC, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

A regra constitucional em questão determina competir privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”⁹.

Em seus votos, os ministros Gilmar Mendes¹⁰ e Eros Grau mencionam que a função que se reservava ao Senado Federal no controle de constitucionalidade concreto foi sensivelmente alterada, por ter ocorrido modificação semântica do referido dispositivo. Para eles, o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo na via subjetiva também deve ter eficácia *erga omnes* e força vinculante, como nos feitos da via abstrata.

A conclusão do Ministro Eros Grau, levada ao Plenário em 19 de abril de 2007, esclareceu expressamente o que seria esse novo significado:

“O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto
[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]”.¹¹

⁹ Literalidade do art. 52, inciso X, da Constituição.

¹⁰ A mutação constitucional do art. 52, inciso X, já havia sido defendida por Gilmar Mendes em 2004, em artigo acadêmico (MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de informação legislativa, v. 41, n.º 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004. Disponível em arquivo em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/43/20>, verificado em julho de 2014).

¹¹ Voto disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>, verificado em julho de 2014.

Após quatro pedidos de vista, o julgamento da Rcl 4.335, iniciado em 01.02.2007, foi concluído em 21.03.2014 (depois de mais de sete anos)¹². Os fundamentos dos votos dos ministros, porém, não foram convergentes, e a questão da mutação constitucional não foi resolvida naqueles autos. Não houve manifestação da maioria dos ministros nem no sentido de referendar, nem no de refutar a proposta¹³. A reclamação foi conhecida, contudo mesmo nesse ponto as razões foram dissociadas¹⁴.

Portanto, a controvérsia não está definida no âmbito do STF. Ela pode, inclusive, vir a ser em breve debatida outra vez. O Ministro Luiz Fux, Relator da Rcl 16.535/RJ, conheceu do pedido nela formulado sob o fundamento de que a decisão reclamada ofendeu deliberação plenária do Supremo Tribunal Federal proferida em causa que lhe foi submetida também pela via concreta¹⁵, em que a parte reclamante não participou da relação processual do feito paradigmático.

Pode-se dizer, dessa forma, que a tendência do Supremo em conferir efeitos gerais e força vinculante a decisões no controle difuso de constitucionalidade, independentemente de manifestação do Senado Federal, é realidade, produz resultados e não se dá apenas com base em disposições normativas expressas. Daí a importância da Corte definir se ocorreu a mutação constitucional do art. 52, inciso X – o que será defendido no presente trabalho.

¹² Até o dia 30 de junho de 2014, o respectivo acórdão ainda não havia sido publicado.

¹³ Sem por ora tecer maiores detalhes sobre os votos dos ministros, dois deles, Gilmar Mendes e Eros Grau, julgaram procedente a reclamação ao reconhecerem ofensa à decisão plenária do Supremo proferida no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, e admitiram a tese de mutação constitucional. Quatro ministros (Celso de Mello, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso) conheceram do feito com justifica em paradigma diverso, qual seja, a súmula vinculante n.º 26 – enunciado posterior ao ajuizamento da reclamação. Outros quatro (Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski) não conheceram da reclamação porque o julgamento que se alegou desrespeitado tinha efeito apenas *inter partes*. Da composição atual, não votaram os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Cármen Lúcia.

¹⁴ Sobre a problemática das fundamentações dissociadas nos votos dos ministros do STF, vide NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal no sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 199.

¹⁵ Ao deferir a liminar requerida na Rcl 16.535, registrou o Ministro Luiz Fux que “a visão instrumentalista do processo impõe a relativização pontual de nuances procedimentais de sorte a garantir a efetividade dos direitos, máxime daqueles já consagrados pelo Plenário do órgão máximo do Poder Judiciário nacional.” Conheceu da reclamação “tomando o julgado no Mandado de Injunção n.º 708 como decisão afrontada pelo acórdão reclamado” (decisão monocrática publicada no DJe em 17.10.2013). Acrescento que até 30 de junho de 2014 nenhuma deliberação colegiada havia sido proferida no feito.

Assentados esses fatos, a dissertação será dividida em três capítulos, além desta introdução e da conclusão.

O primeiro capítulo será centrado no significado da resolução suspensiva no controle de constitucionalidade repressivo desde quando foi concebida pela Assembleia Nacional Constituinte de 1933-1934. Importantes constatações serão apresentadas. A primeira é sobre o especial papel que o mecanismo tinha, na sua concepção, no sistema de freio e contrapesos dos poderes, pois os constituintes que o idealizaram pretendiam que a promulgação da resolução fosse de competência de um órgão alheio tanto à estrutura do Judiciário quanto do Legislativo. A segunda é referente à postura do Supremo Tribunal Federal quando, em 1977, excluiu a participação do Senado Federal no controle abstrato de constitucionalidade, por não haver, à época, disposição constitucional que permitisse à Corte emprestar efeitos *erga omnes* aos seus julgados. A terceira é sobre o que a resolução suspensiva traduz, hoje, na relação institucional entre o Senado e o STF.

O segundo capítulo versará sobre a nova dimensão da jurisdição difusa, diante da expressa eficácia *ultra partes* que lhe vem sendo conferida pelas alterações normativas e jurisprudenciais. Algumas observações históricas deverão ser abordadas – como, exemplificativamente, qual era o conteúdo que Rui Barbosa conferia ao controle de constitucionalidade inaugurado após a proclamação da República, com inspiração no direito dos Estados Unidos. E, diante da valorização dos precedentes que vem ocorrendo no sistema brasileiro, particularidades da doutrina do *stare decisis*¹⁶ também serão tratadas. Ainda nesse capítulo será demonstrada a importância da segurança jurídica (e seus elementos calculabilidade e previsibilidade) para o *rule of law*, por ser parte das justificativas para a expansão dos efeitos das decisões em casos concretos.

Todas as deduções dos dois primeiros capítulos da dissertação serão construídas para demonstrar que a superação do limite textual da norma do art. 52, inciso X, não configura um ativismo discricionário e que a proposta de mutação é plenamente jurídica, por não se tratar de mera escolha arbitrária. Ainda que num primeiro momento assim o pareça, diante das acusações de que o STF vem

¹⁶ No decorrer do trabalho, em alguns momentos mesclarei as expressões precedentes e *stare decisis*, principalmente com a finalidade de evitar repetições.

adotando uma indevida postura ativista¹⁷. Ou do que se extrai da divergência inaugurada no julgamento da Rcl 4.335 pelo Ministro Ricardo Lewandowski¹⁸ em 16 de maio de 2013, quando afirmou, de forma peremptória, que se o art. 52, inciso X, da Constituição “assinala, com todas as letras, que compete ao Senado Federal a suspensão de norma declarada inconstitucional por esta Corte, assim o é, literalmente”¹⁹ (o que se conclui no voto do Ministro Lewandowski é que ele não deu o tratamento de caso difícil²⁰ – *hard case* – à controvérsia, ao consignar que “o preceito em tela constitui o Direito posto, e que não admite, dada a taxatividade com que está vazado, maiores questionamentos”²¹).

¹⁷ Como sustenta Clara da Mota Santos: “[s]e houve um tempo em que o poder judiciário brasileiro se ressentiu da “dificuldade contramajoritária” e talvez tenha pecado mais pelo silêncio do que pelo excesso, o momento atual é rigorosamente o oposto. O Supremo Tribunal Federal suprimiu a palavra “dificuldade” da locução de Bickel, o que é sintomático do ponto que atingiu a nossa jurisdição constitucional, deste estado de coisas em que a derrubada de leis e entendimentos do parlamento é, acima de tudo, uma atitude que parece ser digna não de alguma preocupação, mas de louvor. Ser contramajoritário e não eventualmente complementar ou parceiro dos demais poderes se tornou uma cruzada, a missão do Tribunal, decantada nos votos e julgamentos” (SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua “objetivação”*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 138. Disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13900/1/2013_ClaradaMotaSantos.pdf, verificado em julho de 2014).

¹⁸ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL4335.pdf>, verificado em julho de 2014.

¹⁹ Entretanto, o Ministro não ressaltou as hipóteses em que a Constituição não confere expressamente efeitos *erga omnes* (como as cautelares da via direta e a própria decisão de mérito na arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF), nem mencionou que o próprio Supremo, quando excluiu a competência do Senado no controle direto em 1977, o fez à margem do que a literalidade do Texto Constitucional expressamente previa.

²⁰ Para Paulo Gustavo Gonet Branco casos difíceis são aqueles em que “princípios competem pela primazia na regulação de uma dada situação” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111).

²¹ Vale referir que em outras oportunidades o STF já proferiu decisões em que a literalidade de norma constitucional não foi observada. Exemplo emblemático nesse sentido é o julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto. Nele o próprio Ministro Lewandowski exarou conclusão incompatível com o texto expresso da Constituição. Ricardo Lewandowski invocou o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e “o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários” para reconhecer efeitos jurídicos aos relacionamentos estáveis entre pessoas do mesmo sexo, mesmo após consignar em seu voto que o § 3.º do art. 226 da Carta de 1988 foi inserido pelo Constituinte originário com o expresso propósito de impedir tal regulação (DJe em 13.10.2011).

Enfim, há duas posições opostas sobre o sentido da resolução suspensiva do Senado²². Diante desse fato, no terceiro capítulo a tese de mutação passará a ser abordada a partir de uma postura pragmática, com a escolha de Richard Allen Posner como referencial²³.

Vale ressaltar que a divisão dos capítulos da dissertação foi decidida muito em razão da assertiva de Posner de que em determinadas circunstâncias uma postura estritamente formalista²⁴ é necessária, para impossibilitar que o argumento pragmático embase uma decisão arbitrária²⁵. Essa formatação também foi pensada devido ao fato de que o pragmatismo tem uma conceituação fluida²⁶ e pela falta de tradição do Judiciário em apoiar-se nas consequências para fundamentar as

²² O Ministro Nelson Jobim defendeu a adoção de posturas pragmáticas pelo Judiciário. Em entrevista quando era presidente do STF, concedida para Juliano Basile e Thiago Vitale Jayme, do jornal Valor Econômico/SP (publicada em 13 de dezembro de 2004), afirmou o que se segue: “[q]uando só há uma interpretação possível, acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência. Qual é a consequência, no meio social, da decisão A, B ou C? Você tem de avaliar, nesses casos muito pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que eu chamo da responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões” (disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/NelsonJobim/Entrevistas/2004_dez_13.pdf, verificado em julho de 2014).

²³ Juiz do Tribunal de Apelação para o 7.º Circuito nos Estados Unidos (*United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*), em Chicago, Illinois, e Professor (*Senior Lecturer*) da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago (*University of Chicago Law School*).

²⁴ Assumirei nesta pesquisa o conceito de formalismo que Posner definiu em *Law, Pragmatism and Democracy*. Para o autor o formalismo é a aplicação literal do texto da norma, com a negação de elementos políticos e ideológicos. É uma abordagem que exige o profissional do direito de conhecer o contexto social do caso, pois a decisão será produto de um processo objetivo e independente da personalidade do juiz. A aplicação da lei é hermética e objetiva, por ser o direito uma disciplina autônoma. Essa visão é oposta à do pragmatista, para quem o direito é o campo do conflito social (POSNER, Richard A.. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge, MA.: Harvard University Press, 2005, p. 19-21).

²⁵ Idem, p. 94.

²⁶ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo. 2010. 364 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 62, disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9165/1/2010_RodrigodeOliveirakaufann.pdf, verificado em julho de 2014.

decisões²⁷. Daí, para que não se alegue que a tese de mutação constitucional perderia fôlego se fosse baseada meramente no argumento pragmático, primeiramente serão esclarecidas, nos dois primeiros capítulos, diversas circunstâncias que assentam a legitimidade da proposta.

Contudo, isso não significa excluir a importância do método. A propósito, Posner afirma que o juiz pragmatista nunca pode agir com discricionariedade, por estarem todos os magistrados sujeitos a limites e compromissos²⁸. Afirma também que o juiz pragmatista é imparcial e deve buscar uma semântica para a norma que alerte para a importância do direito de ser previsível para guiar o comportamento de todos a ele sujeitos, inclusive para os próprios juízes²⁹. Essas assertivas – essenciais para justificar a proposta de mutação – além de consolidarem a importância do pragmatismo, demonstram a pertinência da escolha de Posner como referencial.

Assim, na última parte do trabalho serão analisadas diversas circunstâncias sobre a realidade do momento em que foi invocada a proposta de mutação, com o desenvolvimento de respostas para as seguintes questões: ‘a) a proposta de mutação pode ser compreendida como resultado de que conjuntura fática?’ e ‘b) consagrada a tese de mutação, quais as principais consequências esperadas?’ Adianta-se, desde já, que observar circunstâncias adjacentes a essas perguntas são posturas típicas de um pragmatista³⁰.

²⁷ Posner identificou esse problema inclusive nos Estados Unidos, ao mencionar que as consequências do processo de decisão “é o que há de menos conhecido acerca do direito”, principalmente diante do fato de que “[o]s juízes e advogados não dispõem do tempo necessário nem da formação para conduzir investigações sistemáticas sobre as causas e as consequências” de suas decisões (POSNER, Richard. A.. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 1.ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2007, p. 625).

²⁸ “The pragmatic judge is a constrained pragmatist. He is boxed in, as other judges are, by norms that require of judges impartiality, awareness of the importance of the law’s being predictable enough to guide the behavior of those subject to it (including judges) [...]” (POSNER, Richard A.. *How judges think*. Cambridge, MA.: Harvard University Press, 2010, p. 13).

²⁹ Idem. *Ibidem*.

³⁰ Como afirma Rodrigo Kaufmann: “[p]or isso, mesmo defensores do pragmatismo da estirpe de RORTY e POSNER preferem caracterizar o movimento a partir da descrição do que faz um pragmatista, da maneira diferente como se comporta diante de um problema, de como enfrenta uma questão específica e de como propõe uma solução viável” (KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos... cit.*, p. 62).

Pontos dos votos proferidos pelos ministros Gilmar Mendes³¹ e Eros Grau³² no julgamento da Rcl 4.335³³ também serão analisados especialmente para identificar referências pragmáticas, segundo o que doutrina Richard. A. Posner. Além disso, diversos dados concretos sobre a prestação jurisdicional no Brasil serão mencionados, especialmente referentes a problemas que a prestação jurisdicional hoje enfrenta, e quais a consagração da tese de mutação pode solucionar ou mitigar.

Ainda sobre a abordagem do terceiro capítulo, um recorte faz-se necessário. O patrimônio doutrinário de Posner é vastíssimo, e sua produção acadêmica iniciou-se antes mesmo de *Economic Analysis of Law*, de 1973, que o consagrou³⁴. Seguiu-se a edição de diversos outros livros e a publicação de artigos que o transformaram num dos mais citados doutrinadores estadunidenses, tanto

³¹ Para que se contextualize a escolha dos parâmetros desta dissertação, registre-se, desde já, que o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na Rcl 4.335, consignou que “por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da ‘suspensão da execução da lei pelo Senado Federal’ significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto”, e que a tese de mutação “resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional”, diante da “multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988” (disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>, verificado em julho de 2014). Adianta-se que um juiz pragmatista faria tais referências. Menciona Posner, logo no início de *Law, Pragmatism and Democracy*: “[t]he consequences that concern the pragmatist are actual consequences” (POSNER, Richard A.. *Law... cit.*, p. 6).

³² Do voto do Ministro Eros Grau (já referido acima), cabe destacar preocupações que parecem revelar a índole pragmática de seus fundamentos: “[o] crescimento do número de litígios e a multiplicação de processos idênticos no âmbito do sistema de controle difuso são expressivos da precariedade da paz construída no interior da sociedade civil [...] É necessário que o Poder Judiciário cumpra adequadamente a missão --- autêntica missão de serviço público --- que lhe incumbe. Impõe-se a esta Corte também atuar proficientemente, viabilizando a fluente transformação da luta em jogo”.

³³ É necessário ressaltar que a questão processual ali debatida (possibilidade do cabimento de reclamações constitucionais cujos paradigmas sejam decisões proferidas pelo Plenário do STF em controle difuso de constitucionalidade), sem embargo de sua extrema relevância, foge ao objetivo do presente trabalho.

³⁴ “No law book has been more influential during the second half of the twentieth century than Judge Richard A. Posner's *Economic Analysis of Law* (1973), written while he was a professor at the University of Chicago Law School. Posner's book has largely been responsible for what later editions called “the most important development in legal thought in the last quarter century ... the application of economics to an ever-increasing range of legal fields” Posner's *Economic Analysis of Law* remains the basic text of the law-and-economics school” (SCHWARTZ, Bernard. *Book of Legalist*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 15).

para elogiá-lo como para criticá-lo³⁵. Contudo, em *Law, Pragmatism and Democracy*, de 2005, o autor afirma expressamente que ali descreveu uma teoria pragmática do direito³⁶. O paradigma da parte final do trabalho, portanto, será o pragmatismo que Posner desenvolveu nessa referida obra.

Ao final desse tópico, esclarecer-se-á que as constatações realizadas nos primeiros e segundo capítulos na verdade também seriam feitas pelo juiz pragmatista de Posner. E que o reconhecimento do caráter pragmático da proposta empresta-lhe derradeira robustez.

Seguem, agora, alguns esclarecimentos sobre finalidades alheias a este trabalho.

Na pesquisa não será feito um cotejo do pragmatismo com correntes filosóficas ou com quaisquer outros autores. Nem há qualquer ambição de se propor, por exemplo, um modelo de embasamento do processo decisório nos tribunais sob o aspecto da economia como aquele sustentado pela Análise Econômica do Direito ou Direito & Economia (*Law and Economics*). O que se fará é tão somente relacionar elementos que demonstrem os pontos de conexão na obra do referido autor com a tese de mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição da República.

Mencione-se também que não é objetivo do presente trabalho afirmar que os referenciais adotados são imunes a críticas. Não há, por exemplo, o ingênuo

³⁵ Dworkin desaprovou-no diversas vezes. Já em 1980 refutou um dos pontos centrais do *Law and Economics* – o de que a maximização da riqueza deve ser justificativa das decisões judiciais (DWORKIN, Ronald M.. *Is wealth a value?* The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980), p. 191-226; The University of Chicago Press – disponível em <http://blogs.law.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>, verificado em julho de 2014). No próprio *Law, Pragmatism and Democracy*, logo no prefácio, Posner refere-se a críticas de Dworkin (ob. cit., xi). Em 1999, Posner chega a publicar um artigo cujo título consta o nome de Dworkin (POSNER, Richard A., *Dworkin, Polemics, and the Clinton Impeachment Controversy*; HeinOnline -- 94 Nw. U. L. Rev. 1023-1048, 1999-2000). E em 2007 outro em que citou expressamente o antagonismo entre os dois (POSNER, Richard. A.. *Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication*. HeinOnline -- 63 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 9-13 2007-2008).

³⁶ No ponto, Posner assenta: “[t]his book argues for [...] a pragmatic theory of law” (POSNER, Richard A.. *Law... cit.*, ix).

intento de admitir o pensamento de Posner como verdade incontestável³⁷. Também não há qualquer intensão de compará-lo com outros teóricos³⁸.

Sem que se olvide da importância do direito comparado para o desenvolvimento de sistemas jurídicos dos diversos países³⁹, o presente estudo não tem qualquer ambição de buscar a importação irrestrita de institutos jurídicos de experiências alienígenas. Contudo, a compreensão de que o conhecimento sobre ordenamentos estrangeiros é indissociável do desenvolvimento e fortalecimento das democracias justifica a abordagem dessa pesquisa⁴⁰. Outrossim, imaginar-se ou

³⁷ O próprio Posner em algumas oportunidades retificou seu próprio trabalho. Exemplificativamente, em sua obra *Fronteras da Teoria do Direito*, o autor assentou o seguinte: “baseei-me intensamente em textos de minha autoria, mas os revisei, na tentativa de dar coesão e clareza ao conjunto, bem como de eliminar repetições”. Esclareceu, ainda, que esses textos foram submetidos “a uma atualização (eles não são antigos, mas a teoria do direito é um campo que evolui muito rapidamente)”, e que tentou “corrigir erros, responder a críticas e tornar a linguagem mais harmônica” (tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Camara. São Paulo: Martins Fontes, 2011, VIII).

³⁸ Até porque para isso seria necessário detalhar o pensamento de Posner em diversas obras, assim como de outros pragmatistas e de outros autores de outras correntes filosóficas, o que poderia transformar a pesquisa no que Umberto Eco chama de *tese panorâmica* – cuja consequência é a conclusão de que pesquisador incorreu em “*imperdoáveis omissões*” (ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. 24.ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 7).

³⁹ Em artigo acadêmico, a Professora da Universidade de Chicago Rosalind Dixon trata da importância do que denomina de direito transnacional nos diversos ordenamentos jurídicos, e o menciona como tendência que, hoje, não há como ser desconsiderada. Para ela, tal fato é extremamente salutar para a evolução dos diversos ordenamentos jurídicos, principalmente por ensejar a diminuição da discricionariedade nas decisões, de forma a se buscar soluções constitucionais comuns a uma maioria de sistemas jurídicos, de forma racional (DIXON, Rosalind. *Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments*. University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper no. 349, 2011. Disponível em http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/357/, verificado em julho de 2014).

⁴⁰ Leciona o professor de Direito Constitucional da Universidad Complutense de Madrid Francisco Fernandez Segado: “[u]no de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo ha sido el de la universalización de la justicia constitucional [...]. [L]a mundialización de la justicia constitucional, rasgo característico del último cuarto del siglo XX, adquiere su más plena comprensión, pues entonces se pone en estrecha sintonía con la universalidad de la idea de libertad, con la expansión sin fronteras de un sentir que ve en el respeto de la dignidad de todo hombre y de los derechos inviolables que le son inherentes, la regla rectora de todo gobierno democrático y de cualquier convivencia social civilizada” (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de Justicia Constitucional*. Direito Público. Porto Alegre, ano 1, n.º 2, p. 55-82, out./ dez. 2003, p. 55-57. Disponível em <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/449>, verificado em julho de 2014).

pretender-se um sistema jurídico nacional asséptico, ou ainda refutar o contexto internacional como influenciador do direito significa desconhecer a realidade da nossa própria ordem jurídica, por aquele provocar diretamente a produção constitucional e legal no Brasil⁴¹, cada vez com maior intensidade. Mais: é crescente o emprego, em diversos ordenamentos, de parâmetros fixados em decisões estrangeiras nas fundamentações de julgados, notadamente de cortes constitucionais^{42 43}.

Sobre aspectos formais, deve ser ressaltado que as diversas reproduções na pesquisa sobre debates de constituintes, de decisões e de lições doutrinárias foram necessárias para a exata compreensão dos seus significados.

Por fim, as citações oriundas dos originais em língua estrangeira, notadamente em inglês, quando traduzidas, o foram de forma livre. Nos trechos da dissertação que esclarecem ideias de obras que não foram redigidas em língua vernácula, cabe a mesma observação.

⁴¹GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2006, p. 19.

⁴² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La obsolescencia...* cit., p. 55-57.

⁴³ Interessante, no ponto, inclusive reproduzir o que Posner leciona sobre *cosmopolitanismo judicial* e a crescente utilização de decisões estrangeiras pela Suprema Corte dos Estados Unidos, visando a aumentar a segurança jurídica e a evitar a discricionariedade nos pronunciamentos judiciais: “[...] we find innumerable competing proposals of comprehensive theories to limit judicial discretion [...]. The most desperate of them is the quest for global judicial consensus, a kind of secular natural law. Judicial cosmopolitanism (not to be confused with the influential philosophical doctrine of cosmopolitanism) is manifested in the Supreme Court’s increasing propensity to cite foreign judicial decisions as authorities in American constitutional cases” (POSNER, Richard A.. *How...* cit., p. 14).

1. CONSTATAÇÕES SOBRE A RESOLUÇÃO SUSPENSIVA DE NORMA INCONSTITUCIONAL AO LONGO DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO *JUDICIAL REVIEW*

A avaliação sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos no Brasil, por parte dos órgãos do Poder Judiciário, dá-se de duas maneiras. A primeira é por intermédio do controle concentrado de constitucionalidade⁴⁴ – o qual pode ocorrer pela provocação direta do Supremo Tribunal Federal para manifestar-se sobre a validade de diplomas normativos perante a Constituição da República, ou dos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal e dos Territórios, em face das respectivas constituições estaduais ou da Lei Orgânica do Distrito Federal (esta dissertação tratará eminentemente do controle realizado pelo STF).

A outra, pelo controle difuso⁴⁵. Por essa via admite-se que quaisquer órgãos judiciais, em quaisquer graus de jurisdição, em processos de índole subjetiva, afastem a aplicação de norma, ante o reconhecimento de sua desconformidade com a Constituição.

O quadro atual é o de que a intervenção do Senado Federal no controle de constitucionalidade judicial, prevista no art. 52, inciso X, da Constituição, é dispensável na via direta. Remanesce somente nas hipóteses de declaração incidental de inconstitucionalidade.

Mas isso nem sempre ocorreu dessa forma. Por isso este primeiro capítulo demonstrará o que significou a resolução suspensiva ao longo do controle repressivo de constitucionalidade. No final, esclarecerá o que ela representa hoje.

1.1. A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1933-1934 E A GÊNESE DA ATRIBUIÇÃO PARA CONFERIR EFEITOS *ERGA OMNES* À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO STF: FÓRMULA PRESTIGIADORA DO SISTEMA DE *CHEKS AND BALANCES*, E NÃO DE INTERVENÇÃO DE UM PODER SOBRE OUTRO

⁴⁴ Neste trabalho, utilizarei essa expressão como sinônima de controle abstrato, principal (com a ressalva da importância do controle difuso), objetivo ou direto.

⁴⁵ O qual no decorrer da dissertação também poderei chamar livremente de controle concreto, subjetivo ou incidental (*incidenter tantum*).

O controle de constitucionalidade no Brasil foi inaugurado logo após a proclamação da República. Influenciado pelo constitucionalismo estadunidense, previu-se somente a modalidade difusa de controle. Essa sistemática foi inserida na Constituição Provisória da República⁴⁶ (instituída no Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890), nos seguintes termos:

“Art. 58 – [...]

§ 1.º – Das sentenças da Justiça dos Estados em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos ou atos, ou leis impugnados”.

Essas disposições, com alterações mínimas, foram repetidas na Constituição de 1891.

A inauguração da competência do Senado Federal para conferir eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade deu-se, porém, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Seu art. 96, inciso IV, previu competir à Alta Câmara “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

Segundo Ana Valderez Ayres Neves de Alencar, os parlamentares que participaram da Assembleia Constituinte instaurada em 15 de novembro de 1933 introduziram essa modificação para que, “uma vez declarada a inconstitucionalidade da norma, os efeitos da declaração não se cingissem ao caso particular, mas aproveitasse a todos”⁴⁷. E isso não poderia competir ao Supremo⁴⁸, pois não

⁴⁶ ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, v. 15, n.º 57, jan/mar 1978, p. 223. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182003>, verificado em julho de 2014.

⁴⁷ Idem. *Ibidem*, p. 234.

⁴⁸ O que, segundo Gilmar Mendes, acabou “por convolar solução em problema”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.135.

obstante o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, somente uma lei editada pelo Parlamento⁴⁹ poderia revogar outra lei⁵⁰.

É fato que nessa época não se concebia que o Judiciário proferisse decisão que surtisse efeito relativamente àqueles que não participaram da relação processual⁵¹. Mas a necessidade de conferir eficácia *ultra partes* e efeitos vinculantes às declarações de inconstitucionalidade tornava-se latente. Contudo, a quem poderia caber essa tarefa?

Ao ser idealizada pelos Constituintes em 1933, a primeira ressalva sobre o órgão legitimado a conferir eficácia geral às declarações de inconstitucionalidade é a de que deveria cuidar-se de instituição alheia às estruturas do Poder Judiciário e do Legislativo.

Nessa esteira, logo nos primeiros momentos dos debates, ventilou-se a criação de um tribunal constitucional. Na sessão da Assembleia Constituinte de 22 de dezembro de 1933, o Deputado Nilo de Alvarenga sustentou o que se segue:

⁴⁹ BASTOS, Marcelo dos Santos; FAUSTINO, Antonio Carlos. *Eficácia e Efeitos das Decisões do STF e o Papel do Senado*. Revista Brasileira de Direito Constitucional; RBDC n.º 12; jul./dez. 2008.

⁵⁰ Sobre a nota acima, cabe referir, contudo, que em 1966, como Ministro do Supremo, Prado Kelly consignou, no julgamento do MS 16.512/DF, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, DJ 31.08.1966, que a edição da resolução não se tratava de revogação do ato, mas tão somente de suspensão da execução com limites nas razões da declaração de inconstitucionalidade do STF. O Ministro Luiz Gallotti, em julgamento ocorrido logo depois, esclareceu que “[o] ato do Senado, previsto no art. 64 da Constituição, não é um ato legislativo. Se fôsse, teria que competir não só ao Senado, mas também à Câmara, dependendo ainda de sanção do Presidente da República. Se fôsse, não poderia abranger leis estaduais, como é a de que se trata, conforme bem assinalou em seu voto magistral o Ministro Prado Kelly. Trata-se de atribuição, que o art. 64 da Constituição confere ao Senado, de suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, pelo Supremo Tribunal, fazendo com que a decisão deste tenha efeito *erga omnes*. Porque as decisões judiciais, em nosso sistema, têm seu alcance limitado às partes em litígio [...]” (MS 16.519/DF, Rel. Min. Luiz Gallotti, DJ 09.11.1966).

⁵¹ “[...] á justiça comum cabe apenas julgar e decidir as questões entre as partes, os efeitos de suas sentenças se limitam, se restringem, unicamente, ao caso *sub judice*. As decisões das Côrtes de Justiça ordinária, de justiça comum, não vão além das partes litigantes. A lei, anulada em favor dos que litigam, continua em pleno vigor, em plena eficácia para os demais membros da comunidade. [...] centenas de leis no Brasil anuladas pelo Poder Judiciário teem seus efeitos restritos às partes litigantes, continuando em pleno vigor para os demais membros da coletividade” (discurso de Nilo de Alvarenga, na sessão da Assembleia Constituinte de 22 de dezembro de 1933. *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934, Volume II*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935, p. 546/547 – disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8186>, verificado em julho de 2014).

“O SR. NILO DE ALVARENGA [...].

[...].

Hans Kelsen, notável professor de Direito Público na Universidade de Viena, o insigne criador da teoria da hierarquia das regras de direito, assim se expressa: "Uma constituição, a que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais, não é plenamente obrigatória no sentido técnico. Equivale, pouco mais ou menos, sob o ponto de vista propriamente jurídico, a um voto sem força obrigatória."

Linhas adiante, o conspícuo professor vienense ainda afirma: "Uma Constituição, cujos dispositivos concernentes á legislação podem ser violados, sem que resulte daí a anulação das leis inconstitucionais, tem, em face dos graus inferiores da ordem estática, o mesmo caráter obrigatório que o Direito Internacional em frente do direito interno."

[...]

É preciso, pois, confiar a jurisdição constitucional a tribunais que tenham a faculdade de decretar a nulidade das leis e dos atos inconstitucionais *erga omnes*, que tenham a faculdade de derogar, inteiramente, absolutamente, as leis julgadas inconstitucionais e os atos do Poder Público resultantes dessas leis.

[...].

Criemos, portanto, Srs. Deputados, um tribunal especial para o controle de constitucionalidade das leis.

[...].

O SR. CARDOSO DE MELO NETO – O orador cria um tribunal especial? Este Tribunal não fará parte do Judiciário?

O SR. NILO DE ALVARENGA – não senhor.

[...]

O tribunal, com jurisdição constitucional, representa como uma delegação dos demais poderes da República. Não é poder que se sobreponha aos demais; não é um quarto poder que pretendo criar, sobrepondo-se a todos os poderes existentes, mas um poder que não é mais que uma delegação dos demais”.⁵²

Todavia, essa ideia foi rejeitada⁵³. O Deputado Prado Kelly⁵⁴ passou a sustentar, então, que se institísse um órgão para assumir a função de coordenação

⁵² Discurso de Nilo de Alvarenga, na sessão da Assembleia Constituinte de 22 de dezembro de 1993. *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934, Volume II*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935, p. 546/549 – disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8186>, verificado em julho de 2014.

⁵³ A proposta de Nilo Alvarenga foi refutada sob a seguinte justificativa, subscrita pelo parlamentar Levi Carneiro: “[o] nobre Deputado Sr. Nilo de Alvarenga ofereceu a Emenda que tomou o n. 1.107, justificada brilhantemente da tribuna, para a criação de uma “Corte de Justiça constitucional”. Não aderimos á sugestão, supondo que as nossas condições não a recomendam. Acreditamos, com o Sr. Pontes de Miranda, que a criação de tribunais dessa espécie, adstrito a questões constitucionais, não é mesmo recomendável. Demais, o nosso Supremo Tribunal Federal tem preenchido, vantajosamente, a missão que se atribuiria ao tribunal proposto – sem prejuízo das demais funções que exerce em relação ao Direito Privado” (*Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934, Volume X*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, p. 351, disponível em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8026>, verificado em julho de 2014).

entre os poderes – inclusive com a atribuição de suspender a execução de normas declaradas inconstitucionais pelo Judiciário⁵⁵. Seu nome seria Conselho Federal. A percepção de Prado Kelly, então, foi assimilada em Emenda do Deputado Hugo Napoleão⁵⁶, e o anteprojeto da Carta passou a prever o Conselho com diversas competências⁵⁷.

Ainda assim houve resistências. Discutiu-se se era legítimo permitir que um órgão alheio ao Legislativo e ao Judiciário proferisse manifestação sobre suas deliberações. O Constituinte Pedro Vergara chegou a declarar que confiar essa tarefa ao Conselho significava interferência indevida tanto na tarefa legislativa quanto na judiciária:

“O inciso IV do citado artigo confere também ao novo órgão a estranha atribuição de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo poder judiciário.

Aí é que culmina a hipertrofia do Conselho; de uma parte – se apodera de uma atribuição legislativa, pois a tanto equivale o poder de suspender a execução, isto é, a validade de uma lei; de outra

⁵⁴ O Constituinte Prado Kelly também pretendia a criação da corte constitucional. Em 23 de março de 1934 afirmou o que se segue: “um dos objectivos da racionalização dos poderes é instituir um órgão de jurisdição constitucional, não só em atenção aos interesses individuais violados, mas no interesse público da harmonia da legislação e da supremacia dos Códigos fundamentais. Essa nova tendência, desconheceu-a ou refugou-a a Comissão Revisora. Porquê nada lhes ocorreria fora dos três poderes, o Legislativo, o Executivo, e o Judiciário” (*Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934, Volume XII*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, p. 263, disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13216>, verificado em julho de 2014).

⁵⁵ Refutada a criação da Corte Constitucional, Prado Kelly declarou o seguinte, no mesmo dia 23 de março de 1934: “[c]ontra o projeto, preferimos a instituição de um *poder coordenador*, um quarto poder, superior aos demais na órbita expressa que lhe é traçada: um poder que, sendo a expressão mesma do sistema federativo, tenha, entre suas complexas atribuições, a de dirimir ou solucionar quaisquer conflitos dos poderes federais, ou de algum destes com o seu homólogo dos Estados, e estabeleça, na transitoriedade dos governos a permanência da orientação *técnica* do Estado. [...]. Nós outros aceitamos a teoria americana para o reconhecimento da inconstitucionalidade, quando arguída nos pleitos ordinários perante a Justiça. Mas também consultámos o interesse coletivo, dando ao Conselho Federal, que é o poder coordenador, a atribuição de declarar a nulidade de qualquer lei ou ato e regulamento emanados do Executivo e que contrariarem a Constituição: diretamente, por força de autoridade, ou na extensão *erga-omnes* dos arestos lançados pela Suprema Corte, nas espécies sujeitas a seu julgamento” (Idem, p. 261-263).

⁵⁶ ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de, ob. cit., p. 255.

⁵⁷ Nesse momento, a Constituinte já tinha “as linhas mestras do Senado que viria figurar na Carta, mas que, ali, aparecia, ainda, sob a denominação de Conselho Federal” (ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. Idem. Ibidem).

parte, usurpa a mais valiosa função do judiciário que é esta – de firmar a sua jurisprudência”.⁵⁸

Em resumo, tem-se que, nas discussões do Constituinte de 1933, a tarefa de suspender a eficácia das leis julgadas inconstitucionais foi pensada, num primeiro momento, para um tribunal constitucional – com inspiração Kelseniana – e, num segundo, ao Conselho Federal. Ambos os órgãos seriam estruturas desvinculadas do poderes tradicionais – o que para alguns harmonizava-se com o desenho da separação dos poderes à época, mas para outros significava indevida interferência nas atividades legislativa e judiciária.

Porém, a despeito da ampla discussão dos Constituintes no sentido de que a competência caberia a uma estrutura neutra relativamente tanto ao Judiciário, quanto ao Legislativo, o papel de conferir efeitos gerais a uma declaração de inconstitucionalidade do Supremo terminou nas mãos do Senado Federal.

Em 13 de abril de 1934, estava consolidada, no anteprojeto da Constituição, a competência do Conselho Federal de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”⁵⁹.

Contudo, já no final da Assembleia, a redação dos trabalhos recebeu algumas emendas, dentre elas, a Emenda n.º 711. A proposta prescrevia: “[e]m todos os dispositivos em que se lê ‘Conselho Federal’, diga-se ‘Senado’”. Sob uma premissa equivocada – de que o Conselho representaria o Poder Legislativo – assim se justificou a emenda: “[n]ão há razão para mudar a denominação tradicional desse ramo do Poder Legislativo”⁶⁰.

A reação de Prado Kelly foi imediata. Pronunciou-se o então Deputado da seguinte forma:

⁵⁸ *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934, Volume XXI*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937, p. 339 (disponível em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8071>, verificado em julho de 2014).

⁵⁹ *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934, Volume XVII*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, p. 334 (disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8171>, verificado em julho de 2014).

⁶⁰ Diário da Assembléa Nacional n.º 146, 02.07.1934, p. 4.836 (disponível em http://imagem.camara.gov.br/dc_20a.asp?selCodColecaoCsv=R&Datain=2/7/1934, acesso em julho de 2014).

“Pela Emenda n.º 711, o Conselho Federal perde a situação que se lhe dá no futuro para voltar a ser exclusivamente um ramo do Poder Legislativo.

Não sei, Sr. Presidente, que fundamentos – mesmo porque a emenda não está suficientemente justificada – não sei que fundamentos poderiam autorizar a Assembléa, nesta fase, a reformar um passado recentíssimo, quando desde o Anteprojeto da Comissão do Itamarati se vinha discutindo a denominação desse órgão político.

A investida dos que pretendiam a sobrevivência impossível do espírito anacrônico da Constituição de 1891, fracassou desde os primeiros embates e não houve, nos dois turnos por que passou o projeto constitucional, alguém que viesse a solicitar à Assembléa que o Conselho Federal, órgão novo, criado pela Assembléa Constituinte, se viesse a dar a denominação do antigo Senado que diversifica em atribuições, em competência e em finalidade, na órbita política do regime do Conselho Federal que foi instituído.

Note V. Ex.^a, Sr. Presidente, que o Conselho Federal está claramente citado no Projeto. Não se o incluiu entre as disposições pertinentes ao Poder Legislativo; incluiu-se-o em título diverso, e o que é mais, até em capítulo diverso. O título é o “Dos Órgãos de Coordenação dos Poderes e da Cooperação das Atividades Governamentais”. Aí está a definição do Conselho Federal no Capítulo que vem a ser o da “Coordenação dos Poderes” e, mais ainda, no art. 98, que define as atribuições especiais e inconfundíveis desse órgão público”.⁶¹

Segundo Prado Kelly, a Emenda n.º 711 determinou a incorporação pelo Senado de todas as funções do Conselho Federal, *tout court*. Nada se justificou quanto à problemática da interferência do Legislativo sobre o Judiciário e o Executivo. Mesmo assim, a proposição foi aprovada (87 votos contra 63)⁶², e a Alta Câmara acabou por absorver tal papel. E, paradoxalmente, a anterior alegação de que algumas atribuições do Conselho que significavam sua *hipertrofia* perante os demais poderes terminou agravada, pois o descarte do órgão que ostentaria posição de neutralidade acabou por pender para baixo o lado da balança em que se encontrava o Senado.

A Constituição de 1934 foi promulgada em 16 de julho com essa última alteração e, a partir de então, a atribuição da Alta Câmara de promulgar a resolução suspensiva pela foi inserida na nossa história constitucional, “exceto no período coberto pela vigência da Carta de 1937”⁶³. A Constituição de 1946 repetiu, com

⁶¹ Diário da Assembléa Nacional n.º 152, 08.07.1934, p. 4.995 (disponível em http://imagem.camara.gov.br/dc_20a.asp?selCodColecaoCsv=R&DataIn=8/7/1934, acesso em julho de 2014).

⁶² ALENCAR, Ana Valderéz Ayres Neves de. *Idem*, p. 250.

⁶³ *Idem*. *Ibidem*, p. 229.

pequenas alterações textuais, o mecanismo, e assim ocorreu também em todas as outras constituições brasileiras supervenientes.

Nessa perspectiva, mostra-se cabível a seguinte reflexão: a competência para a edição da resolução suspensiva foi idealizada, num primeiro momento, para um órgão alheio à estrutura dos poderes tradicionais, e não para o Legislativo. Sem maiores pretensões originalistas⁶⁴, não é inconcebível imaginar que seus idealizadores talvez nem a ventilariam se soubessem que tal atribuição terminaria por competir ao Senado. No ponto, assentou Ana Alencar:

“Constatamos, no desenrolar do estudo do Projeto da Carta em foco, que os defensores da Instituição do Conselho Federal procuraram relacionar a faculdade pertinente à suspensão dos atos declarados inconstitucionais, com a razão de ser do mesmo conselho, ou seja com a incumbência que lhe foi outorgada de coordenar os poderes federais entre si”.⁶⁵

É possível concluir, no mais, que essa atribuição já nasceu significando a hipertrofia – como definiu o Deputado Pedro Vergara⁶⁶ – do Legislativo perante o Judiciário, considerado o raciocínio dos Constituintes que conceberam a resolução. Nesse sentido, cite-se ainda o alerta de Gilmar Mendes:

“A fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. É possível, porém, que, inspirado no direito comparado, tenha o constituinte conferido ao Senado um poder excessivo, que acabaria por convolar

⁶⁴ Nesse ponto, pertinente o seguinte paralelo com a observação que David Strauss faz acerca dos juízes originalistas, ao interpretarem a história: “if we cannot identify clear understandings about something so recent, we have very little chance of accurately uncovering the original understandings of something like the Bill of Rights. Originalists might respond that the fact that a task is difficult is no reason to refuse to undertake it, and that is a fair point. But the sheer difficulty of uncovering original understandings should give us pause, for several reasons. First, this is a difficult task that is being undertaken by people who have no apparent qualifications for it: judges, most obviously. Judges are lawyers, and there is no reason to think that lawyers will be good at understanding the political culture of a distant century. Second, and more important, the risk is not just a risk of error, serious as that can be. When historical materials are vague or confused, as they routinely will be, there is an overwhelming temptation for a judge to see in them what the judge wants to see in them” (STRAUSS, David A.. *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, Kindle edition, location 362/2460). Sem embargo da ressalva de Strauss, aqui não se fez esse juízo. O que se considerou foram as expressas manifestações dos Constituintes.

⁶⁵ ALENCAR, Ana Valderes Ayres Neves de, ob. cit., p. 263.

⁶⁶ *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934, Volume XXI*. cit., p. 339.

solução em problema, com a cisão de competências entre o Supremo Tribunal Federal e o Senado”.⁶⁷

1.2. O ADVENTO DA REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A POSTURA NÃO MINIMALISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANDO EXCLUIU A PARTICIPAÇÃO DO SENADO NO CONTROLE ABSTRATO

Sem qualquer pretensão de abordar com profundidade o conceito de *judicial minimalism*, o Professor da Universidade de Harvard Cass R. Sunstein define essa postura da seguinte forma:

“[M]inimalism is likely to make judicial errors less frequent and (above all) less damaging. A court that leaves things open will not foreclose options in a way that may do a great deal of harm. [...] A court that decides relatively little will also reduce the risks that come from intervening in complex systems, where a single-shot intervention can have a range of unanticipated bad consequences.

There is a relationship between judicial minimalism and democratic deliberation. Of course minimalist rulings increase the space for further reflection and debate at the local, state, and national levels, simply because they do not foreclose subsequent decisions”.⁶⁸

Em artigo publicado na *Stanford Law Review*, Sunstein ainda afirma:

“In the hardest cases, at the frontiers of constitutional law, the Court usually does best if it proceeds narrowly, and if it avoids steps that might be confounded by unanticipated circumstances. The arguments that support minimalism in particular cases also support this general use of minimalism. [...].

[...].

I have emphasized that narrow rulings often leave democracy room to maneuver; an additional point is that some forms of minimalism turn out to be democracy-forcing”.⁶⁹

Portanto, para Sunstein, os Tribunais devem decidir de forma que se permita espaço para que a democracia possa manobrar. Quanto mais restrita a

⁶⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, ob. cit., p. 1.134-1.135.

⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R.. *One Case at a Time – Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999, p. 3.

⁶⁹ SUNSTEIN, Cass R.. *Problems with Minimalism. Stanford Law Review, Symposium on the Legacy of Chief Justice William H. Rehnquist and Justice Sandra Day O'Connor*. 58 Stan. L. Rev. 1899, Volume 58, Issue 6, April 2006, p. 1903/1918 (disponível em <http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/articles/sunstein.pdf>, verificado em julho de 2014).

deliberação, menor o risco de se engessar situações não previstas, e maior torna-se o lugar para debates nos outros poderes e nas outras esferas federativas.

Uma das características da 'Corte Moreira Alves'⁷⁰ (1975-2003) foi a sua contenção na prestação da jurisdição no que se referia à relação com os demais poderes (particularidade em especial lembrada em razão do caráter 'ativista'⁷¹ que se atribui ao Tribunal hoje). Em entrevista concedida pelo Ministro, publicada no jornal Valor Econômico/SP em 24 de agosto de 2011, o jornalista Juliano Basile registrou que barreira "fielmente seguida pelo STF de Moreira Alves era a de a Corte não criar ou indicar normas"⁷². E, de fato, nesse período o Supremo, referentemente ao Parlamento, não lhe determinava prazo para que editasse normas, não criava interferências na sua agenda, não colmatava lacunas quando reconhecia suas omissões. De fato, o *self-restraint* da Corte conferia espaço para que os poderes com membros eleitos democraticamente pudessem manobrar mais.

Paradoxalmente, o Tribunal abandonou sua postura 'minimalista' ao excluir o Senado do controle de constitucionalidade repressivo procedido pela via direta.

Como já dito, a intervenção do Senado correspondente ao atual art. 52, inciso X, foi concebida na Constituição de 1934, quando havia somente a previsão de controle de constitucionalidade pela via difusa.

Mais de trinta anos depois, o controle de constitucionalidade sofreu inovação substancial em 1965, quando da promulgação da Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965. Alterou-se a alínea k, inciso I, do art. 101 da

⁷⁰ Sobre a expressão, vide FERREIRA, Siddharta Legale; MACEDO, Marco Antonio Ferreira. *A "Corte" Moreira Alves (1975-2003): a judicatura de um civilista no Supremo e o controle de constitucionalidade*. Observatório de Jurisdição constitucional ano 5, vol. 2, 2012 (disponível em <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/745/538>, verificado em julho de 2014.

⁷¹ Ainda na mesma entrevista referida na nota anterior, ao ser questionado sobre o ativismo, judicial, Moreira Alves respondeu: "[n]o meu tempo não havia isso; mas vão dizer que estou velho e não compreendo os temas novos".

⁷² Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-ago-23/stf-adoptando-posicao-politica-antes-moreira-alves>, verificado em julho de 2014.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro 1946, para instituir o controle abstrato de lei ou atos normativos federais e estaduais⁷³.

Não se descarta que, logo após a inauguração do controle direto, entendeu-se que as declarações de inconstitucionalidade, tanto pela via incidental, quanto pela abstrata, dependiam, para surtirem todos os efeitos, da manifestação do Senado⁷⁴. No ponto, vale ressaltar que nas Constituições de 1946, de 1967 e na Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, não havia previsão textual no sentido de limitar a competência do Senado para suspender a lei declarada inconstitucional nos processos de índole subjetiva.

A propósito, mencionava o art. 64 da Carta de 1946 que cabia “ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, sem qualquer distinção sobre sua aplicação em feitos da via concentrada ou difusa. A regra foi repetida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 nos seguintes termos:

“Art 45 - Compete ainda privativamente, ao Senado:
[...].
IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais. por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;
[...].”

E, na Emenda Constitucional n.º 1/1969, foi assim prevista:

“Art. 42. Compete privativamente ao Senado Federal:
[...].
VII – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;
[...].”

Em, 1977, todavia, foi superado o antigo entendimento e se passou a admitir que o papel daquela Casa Parlamentar reservava-se tão somente às

⁷³ Referida regra estabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal de processar e julgar originariamente “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *A eficácia erga omnes da decisão concessiva de liminar em ação direta de inconstitucionalidade*. Repertório IOB de Jurisprudência, 2.ª Quinzena de Dezembro de 1998, n.º 24/98, Caderno 1, p. 634.

deliberações do Supremo em controle difuso. E a resolução suspensiva, que ao menos em tese seria um instrumento para conferir um espaço para que os eleitos para a Câmara Alta pudessem realizar ‘manobras democráticas’ – na expressão de Sunstein – teve seu alcance mitigado.

Essa conclusão ocorreu em processo administrativo, que tramitou perante o STF sob o n.º 4.477/72 (que tem ainda um apenso sem número de tombamento⁷⁵).

No feito anexado (que versava sobre consulta formulada pelo Diretor-Geral do STF sobre de que forma a Secretaria deveria proceder quanto à execução de uma decisão da Corte em processo de intervenção num Estado da Federação⁷⁶), o Ministro Rodrigues Alckmin proferiu, em 19 de junho de 1974, manifestação que tem os seguintes trechos:

"1. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pelo Supremo Tribunal Federal, tanto pode ocorrer no julgamento de ação direta (Representação, Constituição Federal, art. 119, II, "I") como no julgamento de outras ações.

Neste último caso, o julgamento, reconhecendo a inconstitucionalidade, se limita à não aplicação da norma inconstitucional à espécie examinada. Criou a Constituição Federal, entretanto, "algo de novo, algo de mais próximo ao veto, muito embora só nos resultados, na *eficácia*, que é a *suspensão da execução*" (Pontes de Miranda, "Com. à Constituição de 1967 com a Emenda Const. n.º 1/69", III, 88). Assim, como a função jurisdicional, no caso concreto, não pode estender a eficácia da declaração de inconstitucionalidade à generalidade dos casos, limitada que está à espécie em apreciação, o Supremo Tribunal Federal comunica o julgado ao Senado Federal que, nos termos do art. 42, VII, da Constituição Federal, suspende a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais.

2. Já nos casos de ação direta, a função jurisdicional, apreciando a representação, se estende à decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese. Não vejo, pois, seja necessária a intervenção do Senado, cabível somente quando, por ser a inconstitucionalidade reconhecida no julgamento de caso concreto, a decisão judicial não possa exercer seus efeitos fora da demanda em que proferida. Aqui, sim, a manifestação do Senado

⁷⁵ Arquivados na Coordenadoria de Gestão Documental e Memória Institucional, vinculada à Secretaria de Documentação do Supremo Tribunal Federal. As cópias das manifestações dos ministros foram obtidas junto à referida coordenadoria e se encontram nos anexos da dissertação.

⁷⁶ Apenso ao P.A. 4.477/72, fl. 12.

Federal é indispensável para dar eficácia geral ao julgamento da inconstitucionalidade, além da espécie apreciada no julgamento.

No caso de representação por inconstitucionalidade, porém, o julgamento se refere à lei ou ato normativo, em tese, e a decisão que os tem como inconstitucionais encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes a eficácia".⁷⁷

O Ministro Luiz Gallotti, na qualidade de Presidente da Comissão de Regimento, consignou em 5 de agosto de 1974 estar "de acordo" com o Ministro Rodrigues Alckmin. Ressalvou, contudo, que as situações de inconstitucionalidade reconhecidas nas representações por intervenção federal deveriam ser comunicadas ao Presidente da República⁷⁸.

Ao proferir despacho final no feito, o Ministro-Presidente Eloy da Rocha, em 19 de dezembro de 1974, determinou, então, que se procedesse conforme o "esclarecimento do Sr. Ministro Luiz Gallotti"⁷⁹, com a seguinte ressalva: "[n]ecessário que se cuide de representação de intervenção"⁸⁰. Portanto, nesse apenso, a conclusão cingiu-se ao objeto da consulta, não obstante o que o Ministro Rodrigues Alckmin assentou sobre a ação direta contra norma em tese.

Já os autos do PA n.º 4.477/72 tramitaram junto à Comissão de Jurisprudência para esclarecer se a Secretaria do STF deveria comunicar o Senado nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de outros atos normativos que não fossem lei ou decreto em sentido estrito. Em parecer datado de 11 de novembro de 1975, o Ministro Moreira Alves manifestou-se dessa forma:

"Trata-se de divergência de interpretação do artigo 180 do Regimento Interno combinado com o artigo 42, VII, da Emenda Constitucional n.º 1/69, e divergência entre a Mesa de Matéria Constitucional desta Corte e o Senado Federal. Aquela entende (fls. 3) que o "Regimento não impõe a comunicação ao Senado, quando a inconstitucionalidade atinge outros atos normativos (que não lei ou decreto) ainda que emanados de autoridades federais ou estaduais, tais como portarias, resoluções, instruções, normas etc."; este – o Senado –, que lhe cabe "mesmo no caso de atos normativos de autoridades federais ou estaduais, ainda que autárquicas, exercitar a sua competência de suspender-lhes a execução, quando declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal" (fls. 5).

[...].

⁷⁷ Apenso ao P.A. 4.477/72, fl. 10.

⁷⁸ Idem, fl. 12.

⁷⁹ Idem, fl. 13

⁸⁰ Idem. Ibidem.

A questão se resume, portanto, em determinar o sentido e o alcance das expressões “lei ou decreto” no inciso VII do artigo 42 da Constituição Federal, para, com base nessa determinação, saber-se quando se aplicará a parte final do artigo 180 do Regimento Interno.

[...].

[...] entendo – como sucede em outras passagens da Constituição – que o termo “lei” abrange qualquer das modalidades de norma jurídica (todas, aliás, leis em sentido formal ou em sentido material) de que trata o artigo 46, referente ao processo legislativo (inclusive, pois, as resoluções dos Tribunais de Justiça sobre organização e divisão judiciárias, que são leis em sentido material).

Com efeito, não há razão alguma capaz de justificar distinção de tratamento entre essas modalidades de norma jurídica, cujo processo de elaboração a própria Constituição denomina “Processo legislativo”. Mas, não vou além disso, para considerar que o termo “lei”, empregado no artigo 42, da Emenda Constitucional n.º 1/69, abarca – como pretende o Senado – “atos normativos de autoridades federais ou estaduais, ainda que autárquicas”. Quando a Constituição quer aludir a atos normativos, que não leis em sentido formal ou material, se refere a “lei ou ato normativo”, como ocorre no artigo 119, inciso I, letra I. O que implica dizer que distingue a lei, de um lado e de outro, os atos normativos que não se configurem como lei, formal ou materialmente.

[...]

10. Em conclusão, e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta, sou de parecer de que só se deverá fazer a comunicação, a que alude a parte final do artigo 180 do Regimento Interno, quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade de lei (que abrange o elenco das figuras compreendidas no artigo 46 da Emenda Constitucional n.º 1/69) ou de decreto, e, não, de quaisquer outros atos normativos”.⁸¹

A consulta limitava-se ao esclarecimento sobre a necessidade de comunicação ao Senado nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou decreto em sentido estrito. A resposta do Ministro Moreira Alves foi construída sob a premissa de que a própria Constituição, textualmente, distinguia essas espécies normativas. O Ministro, contudo, escreveu mais – a despeito de ressaltar que naqueles autos circunscrevia-se “ao objeto da consulta”⁸². Sem nada mencionar sobre o fato de que o art. 42 da Emenda Constitucional n.º 1/69 não distinguia as decisões de inconstitucionalidade declaradas na via objetiva ou na subjetiva, Moreira Alves declarou, *obiter dictum*:

“[S]ou dos que entendem que a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade *incidente*, e, não, quando decorrente de ação direta, caso em que, se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do

⁸¹ Apenso ao P.A. 4.477/72, fls. 23-29.

⁸² Idem, fl. 29.

Presidente da República, e, se referente a declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos”.⁸³

Em 24 de novembro de 1975, o Ministro Xavier de Albuquerque, também membro da Comissão de Jurisprudência, não referendou o parecer do Ministro Moreira Alves quanto à matéria da consulta. Concluiu que as declarações de inconstitucionalidade de quaisquer atos normativos formalizadas em processos subjetivos também deveriam ser submetidas ao Senado⁸⁴.

Daí, o Ministro Thompson Flores, na qualidade de Presidente do STF, proferiu despacho em 18 de abril de 1977, em que esclareceu que a maioria da Comissão de Regimento definiu que a comunicação do Senado nas declarações de inconstitucionalidade abrangeriam também os atos normativos, e não só lei e decretos⁸⁵.

Curiosamente, a despeito de a Comissão de Jurisprudência não ratificar o entendimento do Ministro Moreira Alves quanto ao objeto da consulta, o Ministro-Presidente determinou o que se segue, no mesmo despacho:

“Esclareço no sentido de prevenir dúvidas que, quando a declaração de inconstitucionalidade defluir de ação direta (Representação [do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual], Constituição, art. 119, I, I), a solução está no desfecho do processo anexo, fls. 13, compreendendo, como é óbvio, os atos normativos aqui considerados”.⁸⁶

Em resumo, no despacho de fl. 13 do apenso, determinou-se que o Supremo não comunicaria o Senado nas intervenções federais. E no despacho de 18 de abril de 1977, o Presidente Thompson Flores estendeu essa disposição às representações de inconstitucionalidade em processos abstratos.

⁸³ Apenso ao P.A. 4.477/72, fl. 29.

⁸⁴ Idem, fl. 31.

⁸⁵ Idem (numeração da folha ilegível, contudo o inteiro teor do despacho também consta no anexo).

⁸⁶ Idem. Ibidem.

Consagrou-se, dessa forma, o que havia sido registrado *obiter dictum* pelo Ministro Moreira Alves no PA 4.477/72 e pelo Ministro Rodrigues Alves no procedimento anexo⁸⁷ (fl. 10, item 2), à margem de um debate sofisticado como o que há hoje relativamente ao papel atual do Senado no *judicial review*. A partir daí, não coube mais ao STF comunicar seus julgamentos à Alta Câmara na representação de inconstitucionalidade, para fins de promulgação de resolução suspensiva.

Logo no início, essa redução da competência do Senado não se deu isenta de questionamento, ainda que isso tenha ocorrido de forma tímida. Ana Alencar, por exemplo, manifestou-se da seguinte forma na sua fundamentada pesquisa:

“O estudo se impõe não só porque o Senado vem de perder mais uma de suas atribuições, como porque os dispositivos constitucionais relacionados com a discutida competência estão a exigir clareza, quem sabe, até por via de medida legislativa”.⁸⁸

Pode-se inferir, entretanto, que a nova sistemática logo deixou de causar perplexidade e foi absorvida na prática.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal logo após a promulgação da Constituição de 1988 também manteve esse posicionamento⁸⁹ e, atualmente, não há maiores discussões sobre a desnecessidade da intervenção do Senado Federal no controle abstrato de constitucionalidade.

Vale registrar, ainda, que essa orientação de 1977 do Supremo só foi parcialmente formalizada como dispositivo constitucional em 1993, com a inclusão do § 2º ao art. 102 da Carta Magna (parcialmente porque fazia referência apenas à

⁸⁷ José Tarcízio de Almeida Neto assim resumiu esse processo: “[o] Supremo Tribunal Federal, [após] pronunciamento dos ministros Rodrigues Alckmin e Moreira Alves, no ano de 1975, consagrou que a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de inconstitucionalidade incidente e não quando decorrente de ação direta [...] e, se referente à declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão do Supremo Tribunal Federal, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos” (NETO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 191).”

⁸⁸ ALENCAR, Ana Valderes Ayres Neves de, ob. cit., p. 306.

⁸⁹ ADI 15/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Rcl 595/SE, Rel. Min. Sydney Sanches, RE 100.276/PE, Rel. Min. Moreira Alves, v.g..

decisão de mérito proferida em ação declaratória de constitucionalidade). A redação do dispositivo era a seguinte:

“[a]s decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (conferida pela Emenda Constitucional n.º 3, de 17/03/93).

Hoje assim está escrito (acrescentou-se previsão expressa para o caso de ação direta de inconstitucionalidade):

“[a]s decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

Portanto, textualmente, a Constituição dispõe que somente o mérito das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade tem efeitos *ultra partes* e vinculantes.

Todavia, o supremo tem admitido como válida a norma infraconstitucional que confere “eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”⁹⁰ à decisão proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental. O que é juridicamente lógico. Ter esse dispositivo legal por inconstitucional, à luz do texto expresso do art. 52, inciso X, da Carta de 1988, significaria retrocesso relativamente ao entendimento fixado em 1977, quando se definiu que o Senado conferiria efeitos *erga omnes* somente às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum*. Idêntico problema haveria com as liminares de quaisquer das ações da via direta.

Outra reflexão ainda pode ser elaborada: considerado o fato de que o art. 42, inciso VII, da Emenda Constitucional n.º 1/69 não distinguia a índole do processo (concreto ou abstrato) quando o STF restringiu a participação do Senado no controle de constitucionalidade, em que medida diferencia-se esse entendimento

⁹⁰ Art. 10, § 3.º, da Lei n.º 9.882/1999.

do Supremo em relação à corrente que sustenta a mutação da regra hoje contida no art. 52, inciso X, da Constituição?

Ao que parece, a premissa das duas conclusões é a mesma. A Corte, em 1977, deu um significado à regra constitucional diverso da sua literalidade. Sem dar o nome a isso, contudo, de mutação constitucional.

Com algumas circunstâncias dignas de nota. O Tribunal retirou do Parlamento a oportunidade de manifestar-se sobre a declaração de inconstitucionalidade na ação direta, à margem do Texto Constitucional, num processo administrativo, e não num judicial – no qual, ao menos no âmbito dele, não houve um debate denso como hoje ocorre com relação ao alcance da regra do art. 52, inciso X, no controle difuso. Sem a participação da composição plenária da Corte, mas tão somente dos membros de comissões. E nenhuma das questões fáticas que deram ensejo tanto ao PA 4.477/72, quanto ao procedimento que está a ela apensado, não se referiam a essa conclusão.

O Supremo de 1977, em comportamento notadamente oposto ao do seu perfil *minimalista* à época, excluiu o Senado do debate no controle de constitucionalidade direto, em época que imperava uma conjuntura diversa da de hoje, em que o caminho da objetivação do controle difuso tem respaldo até do Legislativo. Nessa ótica, o avanço da ‘Corte Moreira Alves’ parece ter sido muito maior do que é a ideia atual de mutação constitucional do art. 52, inciso X. Mesmo assim, não há registros de que houve grandes hesitações a respeito dessa perda de competência do Senado, como a que demonstrou Ana Valdez Ayres Neves de Alencar⁹¹.

1.3. A RESOLUÇÃO SUSPENSIVA HOJE E A SUA FALTA DE VOCAÇÃO PARA ESTABELEECER UM ESPAÇO DE DIÁLOGO DEMOCRÁTICO-INSTITUCIONAL PROFUNDO ENTRE O SENADO FEDERAL E O SUPREMO

O questionamento sobre a possibilidade de se julgar a validade de uma norma editada por representantes eleitos não é um debate novo. Nem esgotado. As permissões conferidas a tribunais compostos por juízes cuja investidura não tem

⁹¹ ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de, ob. cit., p. 306.

origem democrática para garantirem a supremacia das constituições conflita com escolhas posteriores dos eleitos pelo povo que não encontrem conformidade constitucional⁹².

No ponto, assinala Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Em toda parte em que se adota o método da proteção da Constituição por meio de controle desempenhado por órgão estranho ao processo legislativo – [...] essa é a tendência mundial, onde há democracia –, interpõe-se a questão do conflito entre o ideal de o povo se autodeterminar com o postulado de que deve haver limites às deliberações do mesmo povo”.⁹³

Há quem entenda que a resolução suspensiva do Senado é uma engrenagem que mitiga essa dificuldade⁹⁴. Isso porque permitiria a abertura de um espaço de diálogo institucional⁹⁵ entre o Legislativo e o Judiciário, visando tanto ao aperfeiçoamento dos processos de elaboração de leis quanto da prestação da jurisdição constitucional. Algumas circunstâncias, contudo, dificultam que o instituto, ao menos de uma forma ampla, possa cumprir essa função.

A exata compreensão do que seria a resolução suspensiva do Senado não foi definida no dispositivo constitucional que a instituiu (art. 91, IV da Constituição de 1934) nem nas constituições seguintes (art. 64 da Carta de 1946; art. 45, inciso IV, em 1967; art. 42, inciso VII, da Emenda Constitucional n.º 01/1969; art. 52, inciso X, da Constituição de 1988). A expressão ‘suspender a execução de

⁹² Ressalvado o fato de que é usual nos ordenamentos de diversos países que sua respectiva Constituição confira autoridade contramajoritária ao órgão por ela elegido para garantir sua supremacia. Sobre o caso dos Estados Unidos, Strauss afirma: “we do not have a purely democratic system. We have a system in which the courts, applying the Constitution, sometimes prevent the majority from having its way” (STRAUSS, David A.. *The Living Constitution*, cit., location 737/2460).

⁹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59.

⁹⁴ Nessa concepção, o instituto da resolução suspensiva deveria ser prestigiada como vetor dialógico, e não mitigado: “o retorno da resolução do art. 52, X, da Constituição de 1988 às suas origens de ato de manifestação política, mesmo que ela não seja invocada a todo tempo, é um elemento democratizante que não pode ser desprezado. Ao contrário, merece ser prestigiado e utilizado” (SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial...* cit., p. 128).

⁹⁵ “A expressão “diálogo institucional” se refere a essa possibilidade de a legislatura se aparelhar para responder à decisão de inconstitucionalidade, quer com a reformulação do diploma invalidado, quer com manifestação de preponderância da norma legislada sobre o juízo de inconstitucionalidade havido” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Juízo de ponderação...* cit., p. 122).

lei ou decreto' deixou margem para que posições distintas sobre o papel do Senado no controle de constitucionalidade repressivo fossem ventiladas.

Logo pacificou-se a orientação de que a Alta Câmara não estava obrigada a editar a resolução suspensiva, em oposição ao que entendia Lúcio Bittencourt⁹⁶. Contudo, maiores divergências surgiram sobre se a referida Casa tinha ou não competência para avaliar o mérito da declaração de inconstitucionalidade do Supremo. A propósito, lecionou o Professor da Universidade de Brasília Roberto Rosas:

“Ao Supremo Tribunal Federal não poderia caber a revogação da lei, ou a suspensão da lei, em face da sua posição na sistemática dos poderes. Por isso deferiu-se ao Senado essa incumbência, *stricto sensu* da suspensão da lei ou ato declarado inconstitucional pelo STF. *Stricto sensu* porque não lhe cabe maiores indagações sobre a decisão da Corte Suprema. Alfredo Buzaid afirma que "não se trata de operação ou ofício puramente mecânico que reduz o Senado a simples cartório de registro de inconstitucionalidade". Examinará o julgado do ponto de vista substancial e formal, verificando se na declaração de inconstitucionalidade foram observadas as regras jurídicas da existência do *quorum*. ("Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade" – pag. 89). No entanto, reputamos excessivas essas prerrogativas concedidas ao Senado Federal. Como assinalou o Ministro Themistocles Cavalcanti, neste passo o Senado tornar-se-ia instância revisora dos atos do Supremo Tribunal. Apenas cabe-lhe a adaptação da decisão às exigências da técnica legislativa ("Do Controle da Constitucionalidade" — pág. 163)".⁹⁷

Dois julgamentos no Supremo em 1966 definiram, porém, que ao promulgar a resolução, o Senado não poderia proferir juízo a respeito da decisão do STF.

⁹⁶ “[O] ato do senado [...] não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do supremo tribunal federal. Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus regulares efeitos que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 45, IV, da Constituição (de 1946) é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos” (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 145-146).

⁹⁷ ROSAS, Roberto. *Inconstitucionalidade. Representação. Resolução do Senado*. Revista de informação legislativa, n.º 19, p. 35-38, jul./set. 1968.

No MS 16.512, Rel. Min. Osvaldo Trigueiro⁹⁸, os ministros conheceram do *writ* como representação para julgar inconstitucional resolução suspensiva em que a Alta Câmara proferiu juízo de mérito sobre a decisão do Supremo.

O Ministro Pedro Chaves, ao proferir seu voto no julgamento do referido *writ*, registrou as considerações que se seguem:

“O senado não é um mero cartório de registro de atos do Supremo Tribunal Federal. Ele terá que examinar a questão que lhe foi levada por ofício precedente do Supremo Tribunal Federal, fazendo um juízo prelibatório, um exame das condições de objetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal, para ver se existe a decisão e se essa decisão foi lançada dentro dos termos legais de processo e do processo constitucional, se foi observado aquele *quórum* do art. 200 da Constituição, se a composição do Supremo Tribunal era, ou não, plena, se a votação apurada satisfizesse, ou não, aquela percentagem estatuída no art. 200 e reproduzida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. É só sobre este aspecto formal. O Senado não tem competência para examinar o mérito da decisão do Supremo Tribunal, para ampliá-la, para interpretá-la ou para restringi-la. [...] sua “Resolução” é ato administrativo, de execução, em obediência a decisão do Supremo Tribunal Federal, do qual não se pode tornar juiz, cujas decisões não pode interpretar, nem ampliar e muito menos restringir”.

No mesmo julgamento, o Ministro Prado Kelly afirmou: “[q]uando o Supremo assenta a inconstitucionalidade de texto, não há como admitir a revisão de seu aresto por um órgão político”.

Restou consolidado, assim, que a resolução não poderia alcançar as razões da declaração de inconstitucionalidade.

No MS 16.519/DF, Rel. Min. Luiz Gallotti, a Corte consignou, em ementa, que “não pode o Senado, ao exercer a atribuição que lhe confere o art. 64, da Constituição, rever, em sua substância, a decisão do Supremo Tribunal”⁹⁹. Em seu voto, o Ministro-relator foi categórico em afirmar que não cabia ao Senado realizar qualquer juízo sobre o mérito da decisão. No ponto, alertou que o Senado

⁹⁸ DJ 31.08.1966.

⁹⁹ DJ 09.11.1966.

“[p]oderá, quando muito, ver se foi observado o *quorum* do art. 200 da Constituição¹⁰⁰, etc (aspectos formais)”.

Firmou a Corte, dessa forma, em 1966, que não havia lugar para que sua decisão fosse reavaliada em sua substância.

A propósito desse entendimento de quase cinquenta anos, a Corte vem reiterando sua supremacia na interpretação do Texto Constitucional¹⁰¹. Nesse sentido, reproduzo o que assinalou o Ministro Celso de Mello, em voto proferido no julgamento da ação penal 470/MG:

“[...] assume papel de essencial importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema [...].

[...].

Todas essas considerações, Senhor Presidente, enfatizam a circunstância – que assume absoluto relevo – de que não se pode minimizar o papel do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões em matéria constitucional, pois, consoante adverte o eminente Ministro GILMAR MENDES em voto proferido no AI 460.439-AgR/DF,

¹⁰⁰ Constituição de 1946, art. 200: “[s]ó pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público”.

¹⁰¹ Exemplificativamente: “MANDADO DE SEGURANÇA [...] O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA “ÚLTIMA PALAVRA”, PELA SUPREMA CORTE, 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 fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, 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” (MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 18.12.2008).

trata-se de “decisões que concretizam, diretamente, o próprio texto da Constituição” [...].

É preciso ter em perspectiva que, em sede de fiscalização constitucional, o exercício jurisdicional do poder de controle destinado a preservar a supremacia da Constituição põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal – compreendida a expressão “dimensão política” em seu sentido helênico (como apropriadamente a ela se referiu a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA em outra oportunidade) –, pois, no processo de indagação constitucional, reside a magna prerrogativa outorgada a esta Corte de definir os limites das competências estatais, de determinar o alcance dos direitos e garantias fundamentais e de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. [...].

Em uma palavra: não se pode ignorar, muito menos desconsiderar, o papel eminente que a ordem jurídica atribuiu ao Supremo Tribunal Federal em tema de interpretação da Constituição da República.

É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer, no contexto do Estado Democrático de Direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, em particular, a intervenção do Supremo Tribunal Federal, que detém, em tema de interpretação constitucional, e por força de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembleia Nacional Constituinte, o monopólio da última palavra [...]”¹⁰².

No mesmo voto, o Ministro Celso de Mello mencionou discurso de 29 de dezembro de 1914 do então Senador da República Rui Barbosa, em resposta ao Senador do Rio Grande do Sul Pinheiro Machado, no qual Rui concluiu o que se segue relativamente à atribuição do Supremo Tribunal:

“(...) Em tôdas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar.

.....
O Supremo Tribunal Federal, Senhores, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como êrro ou como verdade.”

¹⁰² AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.04.2013.

Dessa forma, no ordenamento brasileiro não há a possibilidade de que qualquer outro órgão exerça controle sobre o pronunciamento do Supremo acerca do controle de constitucionalidade¹⁰³.

Nessas condições, em que circunstâncias a resolução do Senado poderia ser conformada para implementar de um diálogo democrático-institucional entre o Parlamento e o STF?

Veja-se o caso da *notwithstanding clause* do direito canadense¹⁰⁴ – regra que confere ao Poder Legislativo a prerrogativa de analisar o mérito de algumas leis julgadas inconstitucionais pelo Judiciário¹⁰⁵, para permitir-lhe que mantenha a eficácia delas.

A ‘cláusula do não obstante’ foi um dos mecanismos criados no ordenamento canadense como forma de dar uma resposta à dificuldade contramajoritária da Suprema Corte (diante da falta de legitimidade democrática das decisões judiciais proferidas no controle de constitucionalidade) e inspirou, inclusive, a posterior adoção de mecanismos semelhantes em países como a Inglaterra, Nova Zelândia e Israel¹⁰⁶. Um outro é o papel consultivo que se conferiu ao Tribunal sobre

¹⁰³ Não se deixe de mencionar que, nos Estados Unidos, essa concepção de domínio da Suprema Corte na interpretação da Constituição encontra óbices em autorizada doutrina: “[m]any scholars have criticized the Supreme Court in recent years for adopting an attitude of judicial supremacy in which the Court is the sole interpreter of the Constitution. These critics argue that each branch of the government has a role to play in shaping constitutional meaning and that the judiciary should show greater deference to the constitutional interpretations of the other branches” (HEALY, Thomas. *Stare Decisis and the Constitution: Four Questions and Answers*, 83 Notre Dame L. Rev. 697, 2008. Disponível em <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol83/iss3/5>, verificado em julho de 2014).

¹⁰⁴ A propósito, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a constituição brasileira de 1937. *Direito Público*. Porto Alegre, v.7, n.31, p. 58-66, jan. / fev. 2010. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/800/1056>, verificado em julho de 2014.

¹⁰⁵ Estão excluídas da apreciação do Parlamento deliberações judiciais sobre alguns temas sensíveis, como direitos democráticos, de locomoção, de linguagem e de igualdade sexual. Vide BERMAN, José Guilherme. *Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade*. *Revista de Direito Público DPU* nº 32, Mar-Abr/2010. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/879/1065>, verificado em julho de 2014.

¹⁰⁶ Idem.

questões formuladas pelo Poder Executivo – o que viabiliza a manifestação prévia do Judiciário sobre conteúdos controvertidos¹⁰⁷.

Destaco, desde já, o caráter eminentemente pragmático do instrumento consultivo, por permitir aos demais poderes que concentrem seus esforços na elaboração de normas legislativas viáveis, consentâneas com o ordenamento. E, considerada a finalidade dialógica em si, essa fórmula parece ser muito mais eficiente que a *notwithstanding clause*¹⁰⁸.

Mais que isso, é possível imaginar que a regra da Seção 33 da Carta Canadense de Direitos e Liberdade¹⁰⁹ tenha outras pretensões maiores que efetivamente instituir um efetivo diálogo institucional¹¹⁰. É possível concluir que a cláusula cuida-se de mera resposta sem maiores compromissos com a problemática da falta de legitimidade democrática do Judiciário. Confere ao sistema o adjetivo de

¹⁰⁷ A consulta respondida pela Suprema Corte do Canadá, contudo, não tem efeito vinculante.

¹⁰⁸ Berman cita, como exemplo, ter sido essa sistemática a forma que abriu espaço institucional para a edição da lei que permitiu a união civil de pessoas do mesmo sexo, o *Civil Marriage Act* de 2005 (BERMAN, José Guilherme. *Supremacia Judicial...* cit.).

¹⁰⁹ É o texto da regra: “*Parliament or the legislature of a Province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that act or provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in Section 2 or Sections 7 to 15 of this charter*”.

¹¹⁰ Por exemplo, Paulo Branco, ciente do desuso da cláusula diante do seu custo político, menciona que “[d]e todo modo, a Carta do Canadá impulsionou o controle de constitucionalidade naquele país e, assinalam Sweet e Mathews, deu entrada à estrutura do juízo de proporcionalidade nos julgamentos” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125).

weak-form judicial review, com superação da objeção contramajoritária ao controle de constitucionalidade sem que, na prática, ele ostente essa envergadura¹¹¹.

No ponto, José Guilherme Berman afirma efetivamente que a intenção não foi a de que o mecanismo tivesse ampla utilização:

“O instituto foi imaginado pelos constituintes canadenses como algo que teria um alto custo político se utilizado, o que deveria levar a uma aplicação moderada. A província de Manitoba, por exemplo, declarou que jamais faria uso do mesmo. De fato, o instituto foi utilizado poucas vezes, e, após sua aplicação em uma polêmica atitude do governo de Québec, passou a ter sua legitimidade bastante questionada pela doutrina”.¹¹²

Sabia-se da dificuldade que seria superar o pensar jurídico de que no *common law* as regras são baseadas no precedente judicial¹¹³. Rememore-se que, diferentemente dos países do *civil law*, que se baseiam principalmente nos estatutos, o “método do *common law* é ensinado por meio da leitura de casos ou processos”¹¹⁴. E um dos significados usuais para a expressão *common law*, é, inclusive, lei criada pelos juízes¹¹⁵.

Clara da Mota Santos assinala também que os custos políticos impediram uma maior eficiência dos sistemas de controle de constitucionalidade suave:

¹¹¹ Menciona a Professora da Universidade de Chicago Rosalind Dixon: “[t]here has only been one case in which the notwithstanding clause has been used to override a decision by the SCC under the *Charter*. That instance involved the SCC’s decision in *Ford v. Quebec (A.G.)*, and the decision by the Quebec legislature to reinstate a preference for French-only, as opposed to bilingual, signs in the province. Parliament has never invoked section 33 of the *Charter*, and provincial legislatures have used it only fifteen times in addition to its usage in connection with *Ford*. Twelve of those further instances also involved Quebec. Peter Hogg suggests that this is because “public opinion outside Quebec has not been deeply disturbed by decisions of the Court,” at least when compared to the US public’s reaction to decisions such as *Lochner v. New York*, or *Roe*. The difficulty with this view, however, is that it tends to imply only the narrowest of differences between judicial review in Canada and the United States” (DIXON, Rosalind. *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference*. University of Chicago, Public Law Working Paper no. 284, 2009, p. 10-11, disponível em http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1345&context=public_law_and_legal_theory – verificado em julho de 2014).

¹¹² BERMAN, José Guilherme. *Supremacia Judicial...* cit..

¹¹³ BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4th ed., St. Paul, MN: Thomson/West, 2006, p. 10.

¹¹⁴ Idem, p. 77.

¹¹⁵ DAM, Kenneth W. *The Law-Growth Nexus – The Rule of Law and Economic Development*. Washington: Brooking Institution Press. 2006. p. 28.

“[U]ma cláusula nos moldes da *“notwithstanding clause”* não tem como consequência necessária e direta a troca quanto ao sentido a ser especificamente atribuído a um determinado direito.

Portanto, além de não ser a forma que detém, por assim dizer, o “monopólio” do diálogo, o controle brando de constitucionalidade não é um remédio para todos os males da jurisdição constitucional, já que acarreta uma série de custos políticos ao poder legislativo, que, na prática, acabam por minorar o seu uso e, em consequência, o alcance dos seus benefícios dialógicos. Ele não extingue os problemas de legitimidade para todas as situações, apenas os atenua [...]”.¹¹⁶

Daí Mark Tushnet conclui que esse tipo de *judicial review*, considerada a cultura jurídica dos poucos países em que adotada, na prática não ensejou significou uma distinção relativamente ao controle forte, diante do fato de que a interpretação judicial, neles, é “aderente”:

“As I have indicated, experience with weak-form systems is thin, but there is some evidence, from New Zealand, Great Britain, and even more forcefully from Canada, that weak-form systems do become strong-form ones.

The evidence seems to be that judicial interpretations generally “stick.” That is, legislatures have the formal power to respond to a judicial interpretation with which its members disagree through legislation rather than constitutional amendment, but they exercise that power so rarely that a natural inference is that the political-legal cultures in nations with weak-form review have come to treat judicial interpretations as authoritative and final. The evidence of practice is hard to analyze, though.”¹¹⁷

Berman afirma, ainda, que nos países onde foi adotado o controle fraco, diferentemente do Brasil, “existe uma prática longa de respeito às instituições representativas, bem como o reconhecimento de costumes e decisões judiciais como fontes primárias do Direito”¹¹⁸.

Ainda que se parta do pressuposto de que o ambiente institucional aqui é oposto ao do referido por Berman – o que reduziria a onerosidade do ‘custo político’ do parlamento em não ratificar a decisão do Supremo – imaginar a

¹¹⁶ SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial...* cit., p. 114-115.

¹¹⁷ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 47.

¹¹⁸ BERMAN, José Guilherme, *Supremacia Judicial...* cit..

resolução nos moldes da ‘cláusula do não obstante’ esbarraria na impossibilidade de se analisar o mérito da decisão da Corte, como já definido em 1966¹¹⁹.

Enfraquece o argumento da necessidade do art. 52, inciso X, ainda, o fato de se identificar, no Brasil, o quadro referente à constatação de Mark Tushnet de que um sistema de controle de constitucionalidade forte resta enfraquecido diante de um procedimento de emenda à constituição facilitado¹²⁰.

Mais de 80 emendas à Constituição de 1988 foram promulgadas até junho de 2014. Não bastasse essa situação, cabe referir que algumas delas foram contempladas com a finalidade específica de excluir a eficácia de deliberações do Supremo.

Exemplificativamente: por intermédio da Emenda Constitucional n.º 57/2008, o Constituinte derivado convalidou “os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006” e tornou sem efeito a deliberação do STF de 09 de maio de 2007 na ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau e na ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, em que se reconheceu ofensa a requisitos constitucionais referentes a criação de Municípios¹²¹. Em 6 de junho de 2002, no RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, o Supremo definiu critérios que reduziam as cadeiras de vereadores – o que voltou a ser ampliado na Emenda Constitucional n.º 58/2009. A Emenda Constitucional n.º 41/2003 retirou a eficácia de julgamento de 30 de setembro de 1999 (ADI-MC 2.010/DF, Rel. Min. Celso de Mello), em que se julgou inconstitucional regra da Lei n.º 9.783/99 que previa a incidência da contribuição de seguridade social por servidores inativos e pensionistas da União. Na Emenda

¹¹⁹ MMSS 16.512 e 16.519, referidos anteriormente.

¹²⁰ “Putatively, strong-form review can be significantly weakened by processes that allow for easy constitutional amendment” (TUSHNET, Mark. *Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism*. Law and Philosophy, n. 22, p. 369, 2003).

¹²¹ Não edição da Lei Complementar prevista no art. 18, § 4.º, da Constituição da República.

Constitucional n.º 52/2006 o Constituinte Derivado alterou a regra da verticalização das coligações partidárias¹²².

Ressalte-se que, das emendas acima referidas, a mais antiga é de 2003. Já nos Estados Unidos, em toda sua longa história constitucional, apenas quatro entendimentos da Suprema Corte foram revogados por esse método:

“[T]he most promising means for overturning Supreme Court precedents is persuading the Court to undo them. Only four Supreme Court decisions have been overturned through constitutional amendments—*Chisholm v. Georgia*, through the Eleventh Amendment; *Dred Scott v. Sandford*, through the Fourteenth Amendment; *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co.*, through the Sixteenth Amendment; and *Oregon V. Mitchell*, through the Twenty-sixth Amendment. A basic principle of constitutional law, which all justices and most scholars recognize, is that the Congress may not overturn the Court's constitutional decisions through ordinary legislation, and congressional efforts have generally failed to weaken or undo precedents through regulations stripping them from falling within the Court's jurisdiction”.¹²³

Nosso controle é formalmente forte. O quadro institucional dificulta, contudo, esse enquadramento dogmático. A possibilidade de respostas drásticas do Parlamento a deliberações do Supremo pela via da Emenda Constitucional esvazia de certa forma o debate sobre a institucionalização de um sistema dialógico mais sofisticado.

E nem se diga que esses fatos são circunstanciais, pois criar uma cultura de deferência entre os poderes não é algo que se constrói imediatamente. O caso da proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 33/2011, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles (PT/PI), por exemplo, parece revelar esse problema. Não seria sem razão apontar que ela tem contornos mais ideológicos¹²⁴ que jurídicos (a despeito da justificativa no debate sobre o *deficit* democrático do

¹²² “[O] Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução no 21.002, que determinava que, nas eleições [de 2002], os partidos políticos que ajustassem uma coligação nas eleições presidenciais não poderiam ajustar coligações com outros partidos nas eleições para os cargos de governador, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital. O STF, em seguida, corroborou a interpretação feita pelo TSE, criando, assim, a regra da “verticalização” das coligações eleitorais” (BERMAN, *Supremacia Judicial...* cit.).

¹²³ GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 9. Acrescento que, até junho de 2014, a última emenda à Constituição de 1879 havia sido promulgada em 1992 (27.ª Emenda).

¹²⁴ Ressalvado que aqui não se está a fazer qualquer crítica de natureza religiosa.

Judiciário, com menção expressa aos autores Mark Tushnet e Jeremy Waldron, “que questionam, de forma enfática, o monopólio do Judiciário em dizer a última palavra da Constituição”¹²⁵). Pela proposta, pretende-se condicionar “o efeito vinculante de súmulas do Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo” e “submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição”¹²⁶. Ocorre que a PEC n.º 33/2011 parece cuidar-se de reação a julgamentos do STF mais sensíveis a segmentos conservadores do Parlamento. Não é irreal imaginar, assim, que ela não seria proposta se a Corte tivesse adotado uma postura menos liberal¹²⁷.

Por isso a conclusão de Paulo Branco, no sentido de que a instituição efetiva de um método nos moldes da *notwithsdtdanding clause* mostrar-se-ia saudável somente em países onde a democracia já não é mais incipiente:

“Uma solução como a canadense – é o que a comparação entre as experiências permite inferir – somente é pensável num quadro em que as instituições democráticas são firmes e merecedoras de confiança, em que o parlamento cumpre, desassombradamente, o papel de representação popular, e numa sociedade privilegiada por um espaço público livre e desenvolvido, efetivamente aberto para o debate de questões políticas relevantes.

[...].

As novas democracias – tanto da América Latina, como da Europa do Leste – lidam, entretanto, com circunstâncias políticas diferentes. Nesses países, muitas vezes, antes da institucionalização democrática, havia uma aparência de democracia, de governo popular, até mesmo com eleições e parlamento em funcionamento. Essa aparência era, contudo, desmentida pela prática, a tornar irreal a presunção de que o processo legislativo comunicava virtude democrática às deliberações”¹²⁸.

¹²⁵ Justificação da proposta de Emenda à Constituição n.º 33/2011, disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011, verificado em julho de 2014.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ “A PEC tornou-se prioridade da frente parlamentar evangélica desde que o STF decidiu permitir o aborto de fetos anencéfalos. O coordenador da bancada, deputado João Campos (PSDB-GO), afirma que o objetivo é enfrentar o ‘ativismo judiciário’: ‘Precisamos colocar um fim nesse ativismo, nesse governo de juizes. Isso já aconteceu na questão das algemas, da união estável de homossexuais, da fidelidade partidária, da definição dos números de vereadores e agora no aborto de anencéfalos’, afirma Campos. Apesar do empenho, os evangélicos reconhecem que a possibilidade de suspender decisões valeria apenas para o futuro” (disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/ccj-aprova-pec-que-permite-mudar-decisao-do-judiciario>, verificado em julho de 2014).

¹²⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Juízo de ponderação...* cit., p. 127-128

Uma última reflexão. A Resolução n.º 05/2012 da Alta Câmara suspendeu o art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 na parte em que vedava a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. É fato que no STF, em diversos julgamentos, tem sido feita alusão ao ato do Senado. Mas isso não é mais do que mero reforço de fundamentação, e tais referências não são reflexo de um diálogo entre o Parlamento e o Supremo – que julgaria as causas no sentido da sua declaração independentemente da edição de Resolução, como o fez em diversos feitos sobre a questão julgados anteriormente à sua promulgação¹²⁹. A Corte tem agido assim também em outros casos que ela declarou a inconstitucionalidade de regra na via difusa e o Senado não lhes emprestou efeito *erga omnes*¹³⁰.

E esse comportamento é o consentâneo com o ordenamento, conforme a afirmação categórica de Teori Albino Zavascki:

“[...] não vem ao caso saber se a norma eventualmente tida por inconstitucional pelo precedente do Supremo teve ou não sua execução suspensa pelo Senado. Se foi suspensa, haverá aí apenas uma razão a mais para acolher o precedente do STF [...]”¹³¹.

Dessa forma, não há espaço para que o art. 52, inciso X, da Constituição induza o diálogo institucional entre os poderes com uma intensidade que justifique a ideia de que a regra ainda é válida, de forma que isso não parece constituir argumento suficientemente vigoroso no sentido de refutar-se a proposta de mutação constitucional.

1.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹²⁹ Exemplificativamente: HC-MC 111.464/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13.12.2011; HC 105.768/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10.05.2011; HC 110.078/SC, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 29/11/2011; HC 108.218/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 06.09.2011.

¹³⁰ O que ocorreu exemplificativamente após os julgamentos do HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se declarou a inconstitucionalidade incidental da vedação a progressão de regime a condenados por crimes hediondos; no HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, em que se definiu por inconstitucional a proibição de liberdade provisória aos acusados de tráfico de drogas – matéria que teve repercussão reconhecida no RE 601.384-RG/RS, Rel. Min. Marco Aurélio em 10.09.2009 e ainda não retornou à congestionada pauta do Plenário (o que se deve ter por desnecessário, de qualquer forma); ou no HC 118.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, em que se julgou inconstitucional a imposição obrigatória de regime fechado aos condenados por crimes hediondos independentemente do *quantum* de pena.

¹³¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação Rescisória em Matéria Constitucional*. Revista de Direito Renovar, Vol. 27, set./dez. 2003, p. 165.

O capítulo apresentou várias constatações. Mostra-se assim adequado sistematizá-las neste item em separado, com o acréscimo de dados que as reafirmam.

Demonstrou-se que a atribuição da Câmara Alta para editar resolução suspensiva sempre foi controvertida. Esse papel foi concebido pelos Constituintes da Assembleia Nacional instaurada em 1933 para ser realizado por um órgão alheio às estruturas tradicionais dos poderes tripartidos (primeiramente a um tribunal constitucional e depois a um órgão de coordenação entre os poderes que se chamaria Conselho Federal). A função, contudo, ao final dos trabalhos, acabou transferida para o Senado – o que talvez tenha acontecido de forma desamparada de devida justificação, conforme o então Deputado Prado Kelly expressamente assinalou. Assim, atribuir essa tarefa ao Legislativo contrariou a pretensão dos Constituintes que idealizaram a regra. Inclusive houve quem dissesse que isso invadiu a competência do Judiciário.

É de especial relevância ressaltar, também, que emblemática restrição a esse papel do Senado Federal foi formalizada em 1977, por construção do Judiciário, à margem do que o Texto Constitucional expressamente previa (art. 42, inciso VII, da Emenda Constitucional n.º 1/69). Contudo, consideradas as letras secas das Cartas de 1967/1969 e de 1988¹³², em que se diferencia esse entendimento do Supremo em relação à tese que hoje sustenta a mutação constitucional do art. 52, inciso X?¹³³

Voltando ao aspecto histórico, vale relembrar que na Assembleia Constituinte estabelecida em 1933 idealizou-se, num primeiro momento, que o poder

¹³² O Ministro Ricardo Lewandowski, no voto-vista em que inaugurou divergência ao Relator no julgamento da Rcl 4.335/AC, consignou que “[i]nteressantemente, apenas em 1977 esta Suprema Corte firmou entendimento no sentido da dispensabilidade da intervenção do Senado Federal nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida em sede de controle abstrato, tendo em conta a ocorrência, nas palavras do Min. Moreira Alves, de “redução teleológica” quanto ao inc. VII do art. 42 da Constituição de 1967/69” (disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL4335.pdf>, verificado em julho de 2014).

¹³³ O Ministro Lewandowski, a despeito do registro sobre o que o Ministro Moreira Alves chamou de “redução teleológica” da regra constitucional acima mencionada, conclui seu voto no sentido de que, se prevalecesse a proposta de mutação, “a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa” (voto vista na Rcl 4.335/AC).

de conferir efeitos *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade proferidas em processos subjetivos deveria ser delegado a uma corte de jurisdição exclusivamente constitucional, que seria um órgão alheio tanto ao Poder Judiciário, quanto relativamente aos outros poderes da República. A propósito, o Deputado Nilo de Alvarenga, ao justificar a necessidade da instituição e a natureza desse tribunal especial, consignou, nos debates ocorridos na Assembleia Constituinte, em 22 de dezembro de 1933, o seguinte:

“O SR. NILO DE ALVARENGA – [...].

A quem confiar, senhores, essa faculdade? Ao Poder Judiciário? Mas aí se levanta um grave, um gravíssimo perigo. Iríamos criar a ditadura judiciária no País, dando ao Poder Judiciário a atribuição de julgar *erga omnes*, as leis e atos emanados dos outros poderes. [...].

Sou contra qualquer forma de ditadura que se proclame, ainda mesmo da judiciária. [...].

Criemos, portanto, Srs. Deputados, um tribunal especial para o controle da constitucionalidade das leis. [...].

O SR. CARDOSO DE MELO NETO – O orador cria um tribunal especial? Esse tribunal não fará parte do Poder Judiciário?

O SR. NILO DE ALVARENGA – Não, senhor.

O SR. CARDOSO DE MELO NETO – Então, fará parte do Executivo.

O SR. NILO DE ALVARENGA – Também não [...]. O tribunal, com jurisdição constitucional, representa como que uma delegação dos demais poderes. Não é poder que se sobreponha aos demais; não é um quarto poder que pretendo criar, sobrepondo-se a todos os poderes atualmente existentes, mas um poder que não é mais que uma delegação dos demais.

O SR. AGAMENON DE MAGALHÃES – A Constituição espanhola cria um tribunal como esse – o Tribunal de Garantias Constitucionais.

O SR. NILO DE ALVARENGA - Exatamente. É dessa natureza o tribunal cuja criação proponho, para acabar com os inconvenientes do judicialismo, da ditadura do Judiciário ou da sua supremacia sobre os demais poderes.

O SR. AGAMENON DE MAGALHÃES - É um freio.

O SR. NILO DE ALVARENGA - Perfeitamente. [...]

[...] V. Ex. sabe perfeitamente que, o controle completo da constitucionalidade das leis não pode ser confiado á justiça comum, porque a esta sómente cabe a função de julgar, como acabo de expôr, as questões entre partes, e decidindo em especie; não tem a faculdade de decretar a nulidade das leis *erga omnes*, porque assim teria desvirtuado as suas funções e instituiríamos no país a ditadura judiciária”¹³⁴.

¹³⁴ *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934, Volume II*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935, p. 547/550 (disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8186>, verificado em julho de 2014).

Era inconcebível que o STF proferisse qualquer pronunciamento que surtisse efeitos relativamente a quem não participou da relação processual. Entretanto, essa concepção encontra-se plenamente superada. Hoje, a Constituição confere expressamente ao Supremo a competência de proferir decisões com eficácia *erga omnes*¹³⁵ em determinados feitos, e leis ordinárias e a própria jurisprudência ampliam esse rol. E não parece haver lugar para que isso seja restringido, mas somente ampliado (como aconteceu no interregno entre as Emendas Constitucionais n.º 3/1993 e n.º 45/2004). Dessa forma, sem que se tenha maiores pretensões originalistas, não é inadmissível supor que se durante os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1933-1934 o Supremo já tivesse esse poder, a necessidade da edição de resolução suspensiva não seria sido sequer ventilada.

Um dos principais argumentos que refutam a tese de que o fenômeno da mutação constitucional atinge o art. 52, inciso X, é a disposição literal da regra. Esse posicionamento, para não se mostrar incoerente, deveria considerar que ela confere genericamente a atribuição ao Senado para suspender lei declarada inconstitucional pelo STF. Considerado o Texto Constitucional expresso, apenas decisões definitivas proferidas em ADI e ADC produzem “eficácia contra todos e efeito vinculante” (art. 102, § 2.º, da Constituição de 1988). Dessa forma, a leitura puramente literal da Constituição impede até mesmo a “eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público” (art. 10, § 3.º, da Lei n.º 9.882/1999) da decisão proferida em ADPF. Mais: essa postura poderia levar à conclusão de mesmo as liminares em ADI e ADC deveriam submeter-se à Câmara Alta.

Contudo, a compreensão do texto jurídico envolve a efetividade histórica, real e concreta. As circunstâncias passam a ser referência para o

¹³⁵ “Não se ignora que a Constituição de 1988 redesenhou a relação entre os poderes, fortalecendo o papel do Supremo Tribunal Federal, ao dotar, por exemplo, as suas decisões de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* nas ações diretas de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º)” (voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski na Rcl 4.335/AC).

significado na norma¹³⁶. E, diante do que já se esclareceu, fazer prevalecer agora um viés estritamente expresso nesse tocante não parece ser, efetivamente, a interpretação correta que se pode fazer da Constituição, que deve ser sempre considerada em seu todo. Esse alerta o Ministro Eros Grau, por diversas vezes, fez na Corte. Exemplificativamente:

“Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo --- marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas.

[...] o juiz deve resolver a contradição entre dois princípios jurídicos em relação a um caso concreto referindo-se à infraestrutura, apurando qual deles assume, no caso concreto, importância mais significativa em relação aos dados da infraestrutura. [...]. Tudo a confirmar que, em verdade, não interpretamos apenas textos normativos --- e sempre na sua totalidade --- mas, além deles, a realidade. A "moldura da norma" (Kelsen) não é da norma, porém dos textos e da realidade. A interpretação da Constituição é, sempre, interpretação do texto da Constituição formal, todo ele, e da constituição real, hegelianamente considerada”.¹³⁷

Finalmente, mencione-se, ainda, a dificuldade de se imaginar o papel do Senado conferido pelo art. 52, inciso X, da Constituição como um instrumento que permita a introdução de elementos do controle de constitucionalidade suave no país, com a finalidade precípua de permitir um maior diálogo institucional entre os poderes e aperfeiçoar tanto o processo legislativo como a jurisdição constitucional. Primeiramente devido ao obstáculo que seria superar o entendimento de aproximadamente cinquenta anos de que o Senado não realiza controle meritório sobre as declarações do Supremo.

Depois devido à nossa conjuntura institucional peculiar. Dramáticas atitudes do Parlamento, arvorado no papel de Constituinte Derivado, revelam que nosso ordenamento permite um *legislative override* às avessas, de forma que cabe a reflexão sobre se realmente nosso controle de constitucionalidade seria mais forte que nos países que adotaram a *notwithstanding clause* ou outro mecanismo semelhante.

¹³⁶ FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Hermeneutica jurídica: En torno a la Hermeneutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, 1992, p. 87.

¹³⁷ Voto vista do Ministro Eros Grau na ADPF 101/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 01.06.2012.

Nesse sentido, pensar o art. 52, inciso X, como uma forma de controle brando não parece ser, efetivamente, resposta nem para a atenuação do *deficit* democrático da Jurisdição Constitucional nem para a instituição efetiva de um diálogo institucional entre os poderes.

2. A NOVA PERSPECTIVA DA VIA DIFUSA

A jurisdição constitucional inaugurada pela via difusa foi profundamente alterada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição de 1988. Passou a ser requisito para admissão do recurso extraordinário a demonstração, pelo recorrente, de que a decisão na sua causa tem efeitos ampliados. O dispositivo tem a seguinte redação:

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

Uma importante ressalva que desde já se faz é a de que o Constituinte Derivado, de um lado, admitiu a repercussão geral no recurso extraordinário, e por um outro recusou “a inserção do critério da transcendência, defendido [...] pelo Ministro Ives Gandra Martins [Filho]”, para que a “transcendência social, política, econômica e jurídica como elemento decisivo na admissão do recurso de revista”¹³⁸ não reduzisse a competência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e causas controvertidas deixassem de ser apreciadas pela referida Corte.

Do outro, ocorreu o reverso relativamente ao Supremo Tribunal Federal. O Constituinte Derivado expressamente reduziu a competência do Supremo, para que deixassem de ser analisados os recursos extraordinários cujos efeitos limitam-se meramente aos integrantes da relação processual, em conformidade ainda com a lei regulamentadora do mecanismo – Lei n.º 11.418/2006.

Dessa forma, neste capítulo esse importante requisito será analisado para demonstrar que sua inserção na Carta de 1988 acarretou a ressignificação do RE, e se cuida de importante passo para a consolidação do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional.

¹³⁸ Vide parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal n.º 538/2002 na Proposta de Emenda Constitucional n.º 29/2000, p. 145 (<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=37591&tp=1>, verificado em julho de 2014).

Será esclarecido, também, que esse fenômeno não se limita ao recurso extraordinário, diante da ampla gama de classes processuais que demonstram que a expansão dos efeitos vem ocorrendo na via difusa de uma forma geral.

A importância da valorização do instituto da segurança jurídica também será analisada como elemento de fundamental significado para o *rule of law*. E a interessante comparação do processo do *law reporting* na Inglaterra e a forma como se julga hoje no Brasil revelará outros pontos de contato da nossa jurisdição com o *common law*. A conclusão é a de que toda a evolução parece exortar-nos ao que Rui Barbosa defendeu ainda sob a égide da Constituição de 1891: o *stare decisis*¹³⁹ (a despeito desta pesquisa não pretender justificar a importação irrestrita dessa doutrina).

A análise de todos esses institutos e procedimentos tem a finalidade de demonstrar, por derradeiro, a validade da concepção de mutação constitucional do art. 52, inciso X, de forma a dar espaço para que no terceiro capítulo faça-se um paralelo com a teoria pragmática do direito de Richard Posner.

2.1. A EXPANSÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES EM CASOS CONCRETOS

A tendência de superação da antiga postura de que os efeitos das decisões nos processos de índole subjetiva limitavam-se aos participantes da relação processual começou a ser discutida já na década após a promulgação da Carta de 1988.

No julgamento, pelo Plenário do Supremo, da SE-AgR 5.206/EP, o ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido em 08.05.1997, afirmou que a inclinação no sentido do sincretismo de elementos da via concentrada com o controle difuso já era realidade. No ponto, registrou o que se segue:

¹³⁹ O *Chief Justice* Rehnquist, ex-Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, fez a seguinte referência sobre o significado do instituto: “[s]*tare decisis* is defined in Black’s Law Dictionary as meaning ‘to abide by, or adhere to, decided cases.’ Black’s Law Dictionary 1406 (6th ed. 1990)” (em *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* 505 U.S. 833, 954, 1992, disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.html>, verificado em julho de 2014). Na sua 9.^a edição, referido Dicionário assim define *stare decisis*: “[t]he doctrine of precedent, under which a court must follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation” (Black’s Law Dictionary, 9th Edition for iPhone/iPad/iPod touch. Version: 2.1.2 Thomson Reuters, Copyright 2009-2013).

“[...] a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante – especialmente na prática deste Tribunal – é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado.

Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de ‘guarda da Constituição’, que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou.

Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida.

Afinal, não é novidade dizer – como a respeito da cassação, Calamandrei observou em páginas definitivas (*Casación Civil*, trad. EJE, BsAs, 1959, 12,ss.) – que no recurso extraordinário – via por excelência de solução definitiva das questões incidentes de inconstitucionalidade da lei –, a realização da função jurisdicional, para o Supremo Tribunal, é um meio mais que um fim: no sistema de controle *incidenter*, em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado como “elemento propulsor poso a serviço do interesse público”, que aqui é a guarda da constituição, para a qual o Tribunal existe”.¹⁴⁰

Na década passada, houve referências mais expressas na Corte acerca da “tendência de não-estrita subjetivação ou de maior ‘objetivação’ do recurso extraordinário”¹⁴¹. Sob essa nova ótica, o RE deveria deixar “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”¹⁴².

Esse movimento partiu de passos tanto do Judiciário quanto do Legislativo. No voto proferido em 20 de março de 2014 pelo Ministro Teori Zavascki

¹⁴⁰ SE-AgR 5206/Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento concluído em 12.12.2001, DJ 30.04.2004.

¹⁴¹ Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 388.830/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 10.03.2006.

¹⁴² Idem.

no julgamento da Rcl 4.335/AC¹⁴³ isso é ricamente detalhado. Permito-me reproduzir a descrição do Ministro no ponto, por sua precisão¹⁴⁴:

“[...] Em 1963, o Regimento Interno do STF (art. 102) instituiu a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal [...]. No regime original do Código de Processo Civil de 1973, previu-se mecanismo de uniformização de jurisprudência e de edição de súmulas (art. 479 do CPC) [...]. Logo depois, a LC 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura - LOMAN), autorizou que, nos processos de competência do Tribunal Federal de Recursos (TFR), o relator negasse seguimento a recurso contrário a “súmula do Tribunal ou do STF” (art. 90, § 2.º, da LC 35/1979) [...]. Seguiu-se, no mesmo sentido, a Lei 8.038/1990, que, em seu art. 38, autorizou o relator, no STF e no STJ, a negar seguimento a recurso contrário a “súmula do respectivo tribunal”.

O movimento em direção à força subordinante dos precedentes (não apenas dos sumulados, mas também dos demais) foi acelerado com as reformas do Código de Processo Civil ocorridas a partir de 1994. A nova redação do art. 557 e de seus parágrafos autorizou o relator, nos tribunais, a, individualmente, negar seguimento a recursos, quando a decisão recorrida estiver adequada às súmulas ou à jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores; e a dar-lhes provimento, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores. Pelo art. 544, §§ 3.º e 4.º do CPC, foi atribuída competência ao relator de agravo de instrumento em recurso especial e em recurso extraordinário para, desde logo, invocando jurisprudência ou súmula do STJ ou STF, conhecer do agravo e prover o próprio recurso especial ou o próprio recurso extraordinário. O parágrafo único do art. 481 instituiu o sistema de vinculação dos órgãos fracionários dos Tribunais aos seus próprios precedentes e, quando houver, aos do STF, nos incidentes de inconstitucionalidade. Em 1998, o parágrafo único do art. 120 do CPC trouxe autorização para o relator decidir de plano conflito de competência quando há “jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada”. Em 2001, o art. 475, § 3.º, do CPC, dispensou o reexame necessário das sentenças que adotam jurisprudência do plenário do STF ou súmula do tribunal superior competente. Na mesma época, o art. 741, parágrafo único, passou a atribuir a decisões do STF sobre a inconstitucionalidade de normas, mesmo em controle difuso, a eficácia de inibir a execução de sentenças a ele contrárias (verdadeira eficácia rescisória), o que foi reafirmado em 2005, pelo art. 475-L, § 1.º, do CPC. Em 2006, o art. 518, § 1.º, do CPC passou a considerar descabida a apelação contra sentenças proferidas com base em súmulas do STF ou do STJ (típica consagração da súmula impeditiva de recurso). No mesmo ano, os arts. 543-A e 543-B do

¹⁴³ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/rc14335TZ.pdf>, verificado em julho de 2014.

¹⁴⁴ Destacando-se o fato de que, em seu voto, o Ministro Teori Zavascki registrou, expressamente, que essa tendência tratava-se da “caminhada do direito brasileiro no rumo da valorização dos precedentes judiciais, no âmbito da jurisdição geral (e não, exclusivamente, da constitucional [...])”.

CPC, ao disciplinarem a “repercussão geral” para efeito de conhecimento de recursos extraordinários (art. 102, § 3.º, da CRFB/1988), reafirmaram notavelmente e deram sentido prático à força dos precedentes do STF. Em 2008, foi editada a Lei 11.672/2008, que acrescentou o art. 543-C ao CPC, instituindo, para recursos especiais repetitivos, um sistema de julgamento semelhante ao da repercussão geral [...].

No âmbito dos juizados especiais federais, o regime de vinculação aos precedentes dos Tribunais Superiores vem desde a sua origem, com a Lei 10.259/2001 [...].¹⁴⁵

Já especificamente com relação a disposições constitucionais, o Ministro Teori consignou:

“Duas modificações introduzidas pela EC 45/2004 contribuíram significativamente para acentuar a força expansiva das decisões do STF, mesmo quando tomadas no julgamento de casos concretos. Primeira, a que autorizou a edição de súmulas vinculantes (art. 103-A da CRFB/1988, regulamentado pela Lei 11.417/06). Aprovada e publicada na imprensa oficial, a súmula, por si só, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CRFB/1988, art. 103-A), sendo que, “da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios de impugnação” (art. 7º da Lei 11.417/2006).

A segunda modificação importante para a eficácia expansiva das decisões do STF, trazida pela EC 45/2004, foi a que instituiu, como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a demonstração da “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei” (art. 102, § 3.º da CF, regulamentado nos arts. 543-A e 543-B do CPC). Ora, a norma regulamentadora considerou como indispensável à caracterização da repercussão geral que as questões discutidas sejam relevantes sob dois distintos aspectos: (a) o material (“relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico”) e (b) o subjetivo (“que ultrapassem o interesse subjetivo da causa”). Esse segundo requisito evidencia o caráter objetivo de que se reveste a formação do precedente”.¹⁴⁶

Conclui sua narrativa com as seguintes referências:

“Não bastasse essa intensa e explícita previsão normativa conferindo aos precedentes a eficácia ampliada para além das fronteiras da causa concretamente em julgamento, é importante considerar que certas decisões são naturalmente dotadas dessa eficácia *ultra partes*. É o caso, de um modo geral, das decisões

¹⁴⁵ Voto do Ministro Teori na Rcl 4.335.

¹⁴⁶ Idem.

produzidas no âmbito do processo coletivo, nomeadamente na ação civil pública (art. 16 da Lei 7.347/1985), nas ações coletivas (art. 103 da Lei 8.078/1990,) e no mandado de segurança coletivo (art. 22 da Lei 12.016/2009) [...]. O mesmo fenômeno ocorre no mandado de injunção, especialmente se considerado o perfil normativo-concretizador que hoje lhe atribui a jurisprudência do STF [...].”¹⁴⁷

Doutrinariamente, Gilmar Mendes menciona, ainda, casos em que houve a declaração incidental de inconstitucionalidade independentemente da relevância da lei no caso concreto, e chamou isso de ‘quid’ de objetivação do processo de controle incidental. Há, dentre as classes processuais citadas, mandado de segurança, ação originária, recursos extraordinários e até agravo regimental em sentença estrangeira¹⁴⁸.

Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra Martins trataram também da validade da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão na ADI e na ADC, mencionando que a inspiração alemã da proposta inicial do Deputado Roberto Campos, em seu projeto de lei que resultou na Lei n.º 9.868/99, absorvia essa postura¹⁴⁹.

Esse movimento não é uma tendência isolada do ordenamento jurídico brasileiro¹⁵⁰, e está diretamente relacionado ao processo de sincretismo de elementos que as tradições do *civil law* e do *common law* também passam, motivo pelo qual não devem mais ser admitidas como sistemas estanques¹⁵¹.

É possível que isso seja explicado em razão do fenômeno que o Professor Francisco Fernández Segado chama de ‘expansão sem limites da justiça constitucional’. Para ele, a bipolaridade ‘modelo Americano *versus* modelo Europeu-

¹⁴⁷ Voto do Ministro Teori na Rcl 4.335.

¹⁴⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. cit., p. 1.193-1.194.

¹⁴⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 338.

¹⁵⁰ AGRA, Walber de Moura. *O sincretismo da Jurisdição Constitucional Brasileira*. In: NOVELINO, Marcelo (Organizador). *Leituras complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade*, 3.ª ed. Salvador: JusPodvim, 2010, p. 103-126).

¹⁵¹ A propósito, vide a nota n.º 2.

Kelseniano' perdeu grande parte de sua utilidade, diante da hibridação dos sistemas e da convergência entre seus elementos¹⁵².

Mas não se diga que essa tendência – largamente citada nos dias de hoje – já não ocorre desde longa data. Priscila Soares Crocetti e Paulo Henrique Dias Drumond mencionam que desde o final do século XIX, no *civil law*, verificava-se “a perda de centralidade da forma Código e do direito estatal”, enquanto o constitucionalismo europeu do pós-guerra passou a influenciar o *common law*¹⁵³.

A propósito, cabe lembrar que, a despeito da raiz romano-germânica do nosso direito, aqui, também no final do século XIX, viu-se a formalização constitucional de instituto de outra tradição jurídica, o controle de constitucionalidade segundo o modelo americano. Era a consagração, em 1891, no sistema brasileiro, de um instituto típico do *common law*.

Isso, contudo, não se deu sem controvérsias. Gilmar Mendes menciona que logo após a implantação do instituto, “imperou alguma perplexidade”¹⁵⁴.

¹⁵² “Esta expansión sin límites de la justicia constitucional, como no podía acontecer de otro modo, ha incidido frontalmente sobre la clásica contraposición bipolar a la que durante bastante tiempo trataron de ser reconducidos los distintos sistemas de justicia constitucional: el sistema americano y el europeo-kelseniano, o si se prefiere, el modelo de la *judicial review of Legislation* y el de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*. [...]. La enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos, supuestamente contrapuestos antaño, de los dos tradicionales sistemas de control de la constitucionalidad de los actos del poder. La resultante de todo ello es la pérdida de gran parte de su utilidad analítica de la tan generalmente asumida bipolaridad “modelo americano versus modelo europeo-kelseniano”. Como dice Rubio Llorente 7, hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre algunos de ellos y el norteamericano” (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La obsolescencia*.... cit., Direito Público. Porto Alegre, ano 1, n.º 2, p. 55-82, out./ dez. 2003, p. 57.58).

¹⁵³ CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. *Formação histórica...* cit., p. 42.

¹⁵⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; ob. cit., p. 1.133.

Contudo, Rui Barbosa – que participou da elaboração de diversas disposições da Constituição –, esclareceu pontos relativos a essa hesitação¹⁵⁵.

Nesse sentido, seu clássico *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo* é emblemático. Nele o Jurista registrou que a primeira Constituição republicana brasileira teve grande inspiração na Constituição dos Estados Unidos, e não só no controle de constitucionalidade. Rui Barbosa chegou a afirmar até que os “auctores da Constituição Brasileira” de 1891 *embeberam-se* do mesmo sentimento dos “fundadores da Constituição americana”¹⁵⁶.

E, em diversas oportunidades da referida obra, não deixa de referir sobre a sua admiração pelo direito saxão. Exemplificativamente:

“Este método americano de resolver, de julgar as mais vastas questões de direito constitucional [...] é um desses inestimáveis legados, que a America recebeu de Inglaterra nesse tesouro do *common law*, onde se crystaliza em gemmas de eterno valor o gênio jurídico dos saxonios”.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Cite-se, no ponto, Rui, por sua genialidade: “MARSHALL, no caso *Cohen contra o Estado da Virginia*, enunciou uma verdade de ordem primaria neste systema de governo, estabelecendo que "o poder da justiça, em toda Constituição bem formada, ha de ser coextensivo com o da legislatura, e deve estar aparelhado, para resolver todas as questões, que surgirem do direito constitucional, ou das leis" [...] Felizmente a Constituição brasileira não descurou dessa necessidade. Sua letra e seu espirito imprime á justiça federal esse vigor, essa elevação, asseguram-lhe essa dignidade e essa efficacia, que, no regimen federativo especialmente, representam a primeira condição de, vitalidade e harmonia. Sua função de declarar si os actos do Congresso transgridem, ou não, o pacto republicano é, entre nós, tão ineluctavel como nos Estados Unidos. Si ella tem alli "o poder de fixar virtualmente a lei", entre nós não o tem menos. Si alli essa missão de fixar a lei, fulminando nullidade, na applicação judicial, ás provisões legislativas, inquinadas de vicio contra a Constituição, é o elemento sobre todos poderoso na idéa nacional de justiça, este traço capital não avulta em menor relevo na physionomia actual do nosso regimen. Si os constituintes americanos viam nos tribunaes “os baluartes de uma Constituição limitada contra as invasões legislativas”, nessa inspiração se embeberam igualmente os nossos, modelando pelo mesmo padrão as instituições congeneres no Brasil novo. Si o seu objecto, em summa, no exemplar trasladado por nós, é "manter a Constituição contra as leis", fazer respeitar a Constituição pelos proprios legisladores, a cópia, aqui, stereotypou o original, formando exactamente a justiça brasileira á sua imagem, poder real entre os outros, dotado amplamente, como na America do Norte, de funções da soberania, juiz exclusivo da extensão de sua propria auctoridade. Em summa, pois: Aos tribunaes federaes compete declarar a nulidade dos actos legislativos por quebre da Constituição Federal. Essa declaração, regularmente provocada, corresponde, para as justiças da União, não só a um direito legal, como a um dever inevitável” (BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo*. Capital Federal: Companhia impressora, 1893, p. 84-87).

¹⁵⁶ Idem, p. 165.

¹⁵⁷ Idem, p. 102.

Rui esclareceu, assim, que elementos dessa tradição jurídica – distinta mas não incompatível com a nossa –, efetivamente penetraram no sistema jurídico brasileiro, que importou institutos de forma mais ampla do que a prática jurídica posteriormente admitiu. Na obra mencionada assentou, inclusive, que o *common law* e a *equity* deveriam servir de embasamento ao mister jurisdicional no Brasil:

“Nesta excursão pelas novidades de um regimen sem passado entre nós, através dos artifícios, com que as conveniências e os infortúnios de uma epocha anormal lhe vão solapando o solo, e cavando-lhe mina a mina o esboroamento, nossa lâmpada de segurança será o direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha dele, e a própria lei nos poz nas mãos esse foco luminoso, prescrevendo, nos artigos orgânicos da justiça federal, que 'os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity* serão subsidiários da jurisprudência e processo federal”.¹⁵⁸

Em seu voto na Rcl 4.335/AC, o Ministro Teori Zavascki Teori Zavascki destaca, inclusive, o avanço do próprio Rui Barbosa, o qual sustentou que o *stare decisis* vigia na hipótese de decisão sobre constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

“Invocando o direito norte-americano, do qual, afinal, havíamos haurido nosso modelo, sustentou Rui que *“ante a sentença nulificativa, o ato legislativo, imediatamente, perde a sua sanção moral e expira em virtude da lei anterior com que colidia. E se o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recurso, ‘a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apelo, no tocante aos princípios constitucionais sobre que versa’. Nem a legislação tentará contrariá-lo, porquanto a regra stare decisis exige que todos os tribunais daí em diante o respeitem como res judicata; e enquanto a Constituição não sofrer nenhuma reforma, que lhe altere os fundamentos, nenhuma autoridade judiciária o infringe. O papel dessa autoridade é de suprema vantagem para a ordem constitucional (...). Que ruinosas e destruidoras consequências não resultariam para logo, se ficasse praticamente entendido que os vários poderes julgam e decidem cada qual independentemente a extensão da competência que a Constituição lhes atribui”* (Barbosa, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933. vol. 4, p. 268)”.¹⁵⁹

¹⁵⁸ BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionales...* cit, 1893, p.16.

¹⁵⁹ Voto do Ministro Teori na Rcl 4.335.

Os Tribunais, contudo, não seguiram essa orientação. A esse propósito, é interessante a observação de Teori Zavascki:

“A implantação dessa doutrina, por via pretoriana, não logrou êxito entre nós, como se sabe. E isso se deveu não propriamente a empecilho de natureza constitucional, mas à ausência de uma cultura de valorização dos precedentes judiciais, inclusive os da Corte Suprema. Afinal, como observou apropriadamente René David, referindo-se à adoção do *stare decisis*, “*no fundo, tudo isto é mais uma questão de psicologia jurídica que de direito*” (David, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 392).¹⁶⁰

Contudo, a seguinte reflexão mostra-se cabível: se, conforme as palavras do Ministro Teori, em 1891 não havia ‘empecilho constitucional’ para o que pretendia Rui Barbosa, por que hoje, em que a tendência de se conferir eficácia *ultra partes* ao controle difuso está em franca expansão, haveria?

2.2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A ORIGEM DO *STARE DECISIS* NO *COMMON LAW* E O SEU PARALELO COM O *JUDICIAL DECISION MAKING* NO BRASIL.

A escolha da locução em inglês *judicial decision making*¹⁶¹ não se trata de mero *anglicismo*. Se em seu detrimento tivesse sido utilizada a expressão ‘prestação jurisdicional’, seria necessário restringir o seu significado e as duas linhas do subtítulo transformar-se-iam em várias. Já a estrangeira, pelo seu sentido, revelase mais adequada, principalmente por estar geralmente ligada a processos comportamentais (em diversos aspectos) dos juízes no processo de elaboração das decisões¹⁶².

¹⁶⁰ Voto do Ministro Teori na Rcl 4.335.

¹⁶¹ Utilizada, contudo, sem o compromisso de estabelecer uma associação perfeita entre a abordagem que farei com quaisquer das profundas teorias acadêmicas já desenvolvidas nos Estados Unidos sobre o *legal decision making*.

¹⁶² “*The dominant model of judicial decision-making is an outgrowth of rational choice theory: the judge is a rational actor who reasons logically from facts, previous decisions, statutes, and constitutions to reach a decision*” (DROBAK, John N.; NORTH, Douglass C.. *Understanding Judicial Decision-Making: The Importance of Constraints on Non-Rational Deliberations*, 26 Wash. U.J.L. & Pol’y 131 (2008), disponível em <http://digitalcommons.law.wustl.edu/wujlp/vol26/iss1/7>, verificado em julho de 2014). Nessa passagem os autores, em nota de rodapé, fazem referência a interessante artigo de Posner: *The Jurisprudence of Skepticism*, 86 Mich. L. Rev. 827, 865 (1988) (http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2889&context=journal_articles, verificado em julho de 2014).

E, neste item, demonstrarei um específico aspecto do padrão com que tanto juízes ao decidirem, como partes ao redigirem suas peças, expõem as suas razões no Brasil hoje – num paralelo direto com a forma pela qual o *stare decisis* foi sedimentado na Inglaterra.

A propósito, o *common law* é cultura jurídica originada nesse país e adotada pelos países de língua inglesa, na qual a noção de direito é baseada a partir do que os juízes decidem¹⁶³. Para alguns a *common law* é um método, uma técnica de derivar a lei do precedente¹⁶⁴.

Para Miguel Reale,

“[c]ommon law é o nome que se dá à experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição. O que caracteriza o *common law* é não ser um Direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais. É, assim, um Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas”.¹⁶⁵

Ao contrário do *civil law* – tradição que tem como fonte principal do direito as disposições editadas pelo legislador –, a obra que baseou o

¹⁶³ O que não significa que em tal tradição as leis não são dotadas de força normativa: “ainda que se possa admitir que o *common law* na sua origem inglesa, era complementado pelo legislativo, ou que a atuação deste poder era aí pouco intensa, a existência de lei não se opõe ao *common law*, ou, mais importante ainda e bem mais fácil de ser visualizado, a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes. No *common law*, a autoridade da lei é superior àquela das decisões judiciais, e não o contrário, o que autoriza dizer que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios absolutamente inúteis para distinguir este sistema do de *civil law*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 37-38).

¹⁶⁴ George P. Fletcher e Steve Sheppard lembram, porém, que essa visão puramente metodológica do *common law* é um referencial moderno, que se olvida da história e a forma pela qual foi modelado pelos grandes escritores (FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *American Law in a Global Context: The Basics*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 15).

¹⁶⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 98.

desenvolvimento do *common law* foi a dicção dos tribunais, baseada nos usos e costumes¹⁶⁶.

Assentam Robert Cooter e Thomar Ulen que, na Inglaterra, ao longo do tempo, a Cortes reais “definiram muitas leis importantes [...]. Estas leis já existentes são chamadas de *common law*, porque elas supostamente estão enraizadas nas práticas comuns das pessoas”¹⁶⁷.

A riqueza do *common law* dificulta sua conceituação exata e até mesmo a tradução para outra língua que não o Inglês:

“The common law is linked to language. The English language and the common law stand in a close, almost mystical relationship. All the English-speaking countries of the world have adopted the common law, and there is no common law country that has succeeded in translating the common law into another language. Of course, it is possible to translate the common law word for word, as some law schools in Canada have done, into French, but the English template always remains the foundation of legal discourse”.¹⁶⁸

É uma tradição baseada, conforme Sir Edward Coke, nos princípios da razão e justiça¹⁶⁹. Não corresponde a uma ideia fechada de sistema jurídico, mas sim a uma experiência que se amolda aos novos usos, sem que porém sua historicidade seja esquecida.

¹⁶⁶ Priscila Soares Crocetti e Paulo Henrique Dias Drummond assim explicam as razões para isso na Inglaterra: “a precoce unificação da administração judiciária, em razão da conquista pelos normandos, implicou o desenvolvimento de um direito próprio dos juízes (o *common law*): um direito comum contraposto aos singulares costumes locais insulares, um direito de formação judicial estranho seja a um texto de autoridade, seja à própria Universidade, como estranha à Universidade foi a educação legal. Com isso, a cultura inglesa jurídica acabou infensa à ideia de que o direito advém da obra de um legislador soberano. Na Inglaterra, lei e direito escrito tiveram um valor marginal e secundário e o *common law* se desenvolve empiricamente como *case law* não escrita, através de estratificações sucessivas de precedentes judiciais” (CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. *Formação histórica...* cit., p. 27).

¹⁶⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5.^a ed. São Paulo: Bookman, p. 76.

¹⁶⁸ FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve, ob. cit., p. 16.

¹⁶⁹ Idem, p. 15.

Sabe-se ainda que esse método tem como instituto indissociável o *stare decisis*¹⁷⁰. Contudo, assim como hoje no Brasil entende-se que formalmente não há vinculação às decisões das cortes superpostas proferidas na via subjetiva, os juízes do *common law* nem sempre estiveram obrigados aos precedentes¹⁷¹.

E é interessante notar que alguns acontecimentos que ensejaram a adoção da doutrina do *stare decisis et non qujeta movere* (expressão latina que pode ser traduzida como ‘mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido’¹⁷²) inicialmente na Inglaterra encontram, de certa forma, um paralelo no Brasil¹⁷³ (evidentemente com as ressalvas das individualidades históricas e culturais).

Nossos repositórios de jurisprudência podem ser tidos como exemplo disso. Neil Duxbury, professor do departamento de direito da London School of

¹⁷⁰ Robert Cooter e Thomas Ullen lembram, contudo, que o julgado anterior não era aplicado automaticamente: “[a] determinação de uma regra do direito por um tribunal real inglês criava um precedente, e esperava-se que os tribunais o seguissem no futuro. O precedente era seguido de forma flexível, não servil, de modo que o direito mudou gradativamente. Durante muitos anos, os tribunais reais “encontraram” e definiram muitas leis importantes” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas, ob. cit., p. 76).

¹⁷¹ Duxbury reproduz, no ponto, A. W. B. Simpson: “any identification between the common law system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the common law in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the *ratio decidendi*, and functioned well enough” (‘The Common Law and Legal Theory’, in Oxford Essays in Jurisprudence, 2nd ser., ed. A. W. B. Simpson (Oxford: Clarendon Press, 1973), 77-99 at 77 *Apud* DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, Kindle Ediction, 2008, p. 35 de 190).

¹⁷² ODAHARA, Bruno Periolo. *Um rápido olhar sobre o stare decisis*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). *A Força dos Precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: JusPodvim, 2010, p. 53.

¹⁷³ Interessante notar que até mesmo a forma como o precedente era considerada evidência do direito assemelha-se com a ideia que hoje temos: “[w]ithout the treatises of Sir Edward Coke [...] in the seventeenth century and Sir William Blackstone in the eighteenth century, we would not have the body of principles we now call the English Common Law. Both Coke and Blackstone believed that the, common law was the law of reason. *Lex est ratio summa*. They believed, as do most Continental European lawyers today, that case law is merely evidence of the law—not the law itself. The beliefs that the common law is to be found primarily in precedents and that the law can be inferred just from the cases are ideas that did not take hold until quite late in the nineteenth century” (FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve, ob. cit. p. 15).

Economics, ao discorrer sobre as razões da doutrina do precedente no direito inglês, narra alguns fatos históricos relevantes, que serão brevemente mencionados.

A despeito de a noção de precedente judicial na idade média ser muito diferente da de hoje¹⁷⁴, no século XIII os litigantes e advogados já faziam menções a julgados anteriores para auxílio em suas sustentações, que acabavam adotados pelos juízes como razões de decidir¹⁷⁵.

No início da dinastia Tudor (segunda metade do século XVI), o vínculo ao precedente ganhou mais força. Houve uma tendência de compilação das decisões em livros, o que, segundo Duxbury, foi decisivo para firmar a autoridade do *case-law* como fonte do direito e levou Coke, inclusive, a mencionar que nossos livros são a melhor prova do que a lei é¹⁷⁶.

No século XVII, a despeito de as cortes prestarem ainda mais atenção aos precedentes, ainda não se podia admitir que a doutrina imperava¹⁷⁷.

¹⁷⁴ William Burnham registra o que se segue acerca dos primórdios do *stare decisis*: “[t]he instinct of the early common law judges was to keep their decisions as consistent as possible. This principle, called *stare decisis*, dates at least to the 1170s when Richard Fitz-Nigel wrote: “There are cases where the course of events, and the reasons for decisions are obscure; and in those it is enough to cite precedents.” A system of precedent is difficult without some written records of earlier decisions, but the small number of common law judges during this period and their central location in Westminster made it possible to maintain some consistency. In addition, lawyers who appeared in the common law courts would assist by reminding the judges of prior cases. This rough system of precedent later gave way to a more sophisticated one once reliable reports of decisions became available” (BURNHAM, William, ob. cit., p. 42-43).

¹⁷⁵ “[T]he notion of precedent which existed in the medieval courts was very different from that which was to emerge later. The medieval judicial precedent was, strictly speaking, nothing more than the judgment entered on the plea roll; the reasons informing the judgment and the guiding authorities, if there were any, formed no part of the record, and, since legal discussion normally preceded the trial, one could be sure neither of what had been argued nor that there had been argument at all. While courts would occasionally follow and even distinguish precedents, nobody yet believed that a court could be bound by a previous decision. Far more important was the common erudition of the legal profession, as kept alive primarily by the oral traditions of the Inns of Court and Chancery” (DUXBURY, Neil. *The nature...* cit., p. 31-32 de 190).

¹⁷⁶ “This subtle shift in emphasis was certainly evident to Coke in his *Commentary upon Littleton*: ‘our book cases are the best proofs what the Law is’, he wrote, and ‘are principally to be cited for the deciding of cases in question, and not any private opinion’, for an argument drawn from authority is the strongest in law (‘Argumentum ab autoritate est fortissimum in Lege’)” (DUXBURY, Neil. Idem. p. 33).

¹⁷⁷ O Juiz inglês Hale C. J., nos anos 1670, mencionou que o princípio do *stare decisis* não era obrigatório, a despeito de ser significante (DUXBURY, Neil. Idem. p. 34).

Já no século XVIII o *stare decisis* começou a ter a forma de hoje, quando se começou a lançar fortes argumentos sobre os benefícios do *precedent-following*. Nesse sentido, Duxburry cita a atenção que se deu a Hobbes – reconhecedor da razão como elemento integrante do *judicial-decision making* ainda no século XVII. Para ele, a autoridade delegada a juízes não se cuidava de um mero poder de editar comandos, mas de proferir decisões racionais, coerentes. A razão e a certeza do direito deveriam ser transmitidas por intermédio dos juízes, em decisões sem discrepâncias¹⁷⁸. E a obrigatoriedade de se seguir o sistema de precedentes diminuiria a possibilidade de erros dos magistrados e fortaleceria a segurança jurídica. Houve, então, a consagração do que Coke pregava: a razão era o que dava vida ao direito¹⁷⁹. E a essa altura os precedentes já eram a forma dominante de autoridade nas fundamentações jurídicas.

Robert Barnhart, em artigo publicado na *Notre Dame Law Review*, assenta a fundamental importância do Jurista William Blackstone no processo de consolidação da doutrina, por ter apontado as mesmas preocupações dos modernos autores para justificar o *stare decisis*: o sistema de precedentes aumentaria a credibilidade dos tribunais e traria a estabilidade do direito, que não poderia ser alterado bruscamente. Para o articulista, no final do século XVIII os tribunais ingleses já tinham institucionalizado a doutrina, que os obrigava ao precedente de cortes superiores e a *House of Lords* aos seus próprios julgados:

“In the eighteenth and early nineteenth centuries, English courts began to develop “a qualified obligation to abide by past decisions.” At the beginning of the eighteenth century William Blackstone noted “it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation.” Blackstone outlined many of the same policy concerns modern writers use to justify *stare decisis*. He thought litigants would need to rely on precedent, having a system of precedent would increase the credibility of the court, and precedent would increase stability because the law would not change rapidly. Importantly, however, Blackstone’s concept of the law was quite different from the modern realist understanding. In the positivist tradition of his time, Blackstone believed judges discovered law, writing “it sometimes may happen that the judge may mistake the law.”

At the end of the eighteenth century, the English courts and commentators firmly established the doctrine of *stare decisis*. Courts would follow prior precedent when promulgated by a superior court, the House of Lords would follow its own prior decisions, and the Court

¹⁷⁸ DUXBURY, Neil. *The nature...* cit., p. 48.

¹⁷⁹ Idem, p. 51.

of Appeals would usually follow the past decisions of both the specific court the case was in front of and other coordinate courts of the same level”.¹⁸⁰

Para Duxburry, a consolidação da doutrina é um pouco posterior¹⁸¹, e ocorreu após a consagração do processo de compilação dos julgamentos. A propósito, o autor menciona que Francis Bacon, em sua obra “Example of a treatise on Universal Justice”, pregava fossem ‘os julgamentos anotados, escritos e registrados precisamente, palavra por palavra’:

“Let this be the method for taking down judgments and committing them to writing. Record the cases precisely, the judgments themselves word for word; add the reasons which the judges allege for their judgments; do not mix up the authority of cases brought forward as examples with the principal case; and omit the perorations of counsel, unless they contain something very remarkable. Let the reporters be taken from the most learned counsel, and receive a liberal salary from the state. But let not the judges themselves meddle with the reports; lest from being too fond of their own opinions, and relying on their own authority, they exceed the province of a reporter”.¹⁸²

E, isso, embora registrado por Bacon no século XVII, inspirou a publicação das primeiras *law reports* no final do XVIII, nas quais as anotações sobre os fundamentos dos julgados eram compiladas¹⁸³.

No século XIX essa atividade foi profissionalizada e, em 1865, o *Council of Law Reporting* (formado por advogados e estudantes de direito¹⁸⁴) editava o primeiro número da *Law Reports*¹⁸⁵.

¹⁸⁰ BARNHART, Robert. *Principled pragmatic stare decisis in Constitutional cases*. HeinOnline -- 80 Notre Dame L. Rev. 1913-1914, 2004-2005.

¹⁸¹ Com a ressalva de que não há precisão de quando isso ocorreu: “[a]lthough it is difficult to say precisely when the English courts began to consider themselves bound by rules of precedent, there is little doubt that the change had not fully taken place by the end of the period during which the classical positivists wrote. By the late eighteenth following precedents, but the fact that there was as yet no clear and unchallengeable court hierarchy made it difficult and often impossible to say that one decision was binding on another because of the source from which it emanated” (DUXBURRY, Neil. *The nature...* cit., p. 17).

¹⁸² Francis Bacon, 'Example of a Treatise on Universal Justice or the Fountains of Equity, by Aphorisms: one Title of it', in *The Works of Francis Bacon*, ed. J. Spedding, R. L. Ellis and D. D. Heath, 14 vols. (London: Longmans, 1861-79), V, 88-110 at 104. *Apud* DUXBURRY, Neil. *Idem*. p. 54).

¹⁸³ *Idem*. *Ibidem*.

¹⁸⁴ CROCKETT, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. *Formação histórica...* cit., p. 25.

A precisão das anotações das decisões e a forma como eram catalogadas fazia com que os julgamentos fossem facilmente identificados. A partir daí, a atividade jurisdicional envolveu a procura de precedentes nessas compilações para a solução de casos análogos, e os julgamentos passaram a ser fundamentados nas decisões anteriores¹⁸⁶.

Assim, o precedente ganhava autoridade formal e material no sistema inglês¹⁸⁷. A doutrina adquiriu suma importância devido à maior visibilidade – e, conseqüentemente, importância – que os julgamentos dos tribunais passaram a ter em decorrência do gradual desenvolvimento e profissionalização do *law reporting*¹⁸⁸ (a compilação das decisões em livros é considerada um dos grandes motivos da institucionalização do *stare decisis*). E com a introdução do sistema hierárquico de corte de apelações, o *precedent-following* restou consolidado^{189 190}.

¹⁸⁵ DUXBURY, Neil. *The nature...* cit., p. 55.

¹⁸⁶ Idem, p. 56.

¹⁸⁷ Observe-se, contudo, que a aplicação do precedente não é uma tarefa mecânica. No *common law*, não se olvida das especificidades de cada situação. Todavia, os princípios e fundamentos são extraídos dos casos passados: “*Common law decisions and rules are based on precedent. However, all cases differ somewhat from prior cases. Consequently, a judge deciding a case must, to a greater or a lesser degree, rely on considerations and principles beyond what is set out on prior cases*” (BURNHAM, William, ob. cit., p. 42).

¹⁸⁸ DUXBURY, Neil. *The nature...* cit., p. 57.

¹⁸⁹ Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, a formalização do *stare decisis* e do precedente como fonte do direito ocorreu “em 1898, no caso *London Tramways Company v. London County Council*, oportunidade em que a Câmara dos Lordes inglesa não só tratou do efeito auto-vinculante do *precedente*, como também estabeleceu a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízes de grau inferior (a chamada eficácia vertical do *precedente*” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA Paula Sarno, Oliveira Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 4.ª ed., vol. n.º 02. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 885).

Nessa perspectiva, referentemente ao que mencionei antes, não há como negar o paralelo entre as razões que culminaram na adoção do *stare decisis* na Inglaterra e o processo de *decision making* hoje no Brasil. A concepção de *law reporting* imediatamente remete-nos aos repositórios oficiais de jurisprudência dos nossos tribunais. E vou além. É bem possível que o trabalho de confecção desses *law reports* (a descrição de Duxburry sobre o desenvolvimento do *law reporting* é emblemática nesse sentido) tenha diversas similitudes com a forma com que são elaborados os informativos de jurisprudência dos nossos tribunais.

Considerados esses fatos, a resistência em se conferir maior autoridade ao precedente mostra-se paradoxal, diante da falta de uma resposta que solucionem – ou pelo menos melhorem – os problemas da prestação jurisdicional no Brasil.

Cármem Lúcia Antunes Rocha registra que “nos últimos cento e vinte anos, vale dizer, desde as últimas décadas do Império Brasileiro, o Poder Judiciário tem sido considerado inadequado” ao que espera, necessita e deseja a sociedade¹⁹¹. Anota que inclusive que já nos governos militares isso foi apontado como obstáculo ao crescimento:

“[...] em visita protocolar ao Supremo Tribunal Federal, logo após a sua posse na chefia do Executivo, o então presidente Ernesto Geisel, tomou conhecimento da situação de crise em que se debatia

¹⁹⁰ Para Duxburry, nos Estados Unidos, a doutrina começou a tomar forma nas primeiras décadas do século XIX (DUXBURRY, Neil. *The nature...* cit. p. 57). Já segundo Robert Barnhart, “[t]he first significant development in the doctrine of constitutional *stare decisis* came during the post-Civil War cases dealing with the federal government's power to issue legal tender. In the first case, Hepburn v. Griswold, the Court held a statute authorizing the federal government to issue note money was unconstitutional because it exceeded Congress's Article I power” Soon after the decision, the President appointed two new members to the Court, Justice Story and Justice Bradley.⁸ On May 1, 1871, the Court, deciding a number of cases known as the Legal Tender Cases, overruled Hepburn. The majority took the then controversial position that constitutional decisions received less precedential value than any other cases. Surprisingly, while modern courts require a “special justification” for overruling prior cases, the Legal Tender Cases Court simply reasoned the original court was wrong, and that was sufficient” (BARNHART, Robert, ob. cit.). Hoje, não há qualquer dúvida de que o instituto está plenamente inserido no ordenamento estadunidense. Inclusive em *Lawrence v. Texas*, o Justice Kennedy consignou: “[t]he doctrine of *stare decisis* is essencial to the respect accorded to the judgments of the Court and to the stability of the law” (559 U.S. 558, 577, 2003).

¹⁹¹ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Sobre a Súmula Vinculante*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, v. 34, n.º 133, jan./mar. 1997, p. 52.

o Judiciário, concordou com os ministros que o receberam quanto à necessidade de submeter à tão falada e ampla reforma, a fim de lhe emprestar condições para o cumprimento da missão que lhe cabia dentro dos ideais de desenvolvimento sócio-econômico do País”.¹⁹²

E essa percepção já foi ventilada, também, no Parlamento, onde falou-se, durante nas discussões que culminaram na edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004, em ‘falência do Judiciário’¹⁹³.

E essa ideia de ‘falência’ sempre foi permeada pela noção da profunda irracionalidade em se permitir que as instâncias judiciais menos elevadas tivessem livre espaço para proferirem decisões à margem do posicionamento dos graus de jurisdição superiores – e de que isso contribuía sobremaneira para as mazelas do Judiciário. O Senador Bernardo Cabral, relator da respectiva proposta da Emenda acima mencionada, registrou em parecer aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal o que se segue:

“Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que em cerca de 80% dos casos o STF está diante de recursos repetidos, idênticos uns aos outros, reclamando a atenção e o tempo dos julgadores para reiterar, *ad nauseas*, as mesmas decisões. Para esse mesmo autor, a manutenção da independência dos juízes não está garantida com a permissão de elevar-se às Cortes superiores tantos recursos idênticos: Essa espécie de tabu processual está mais ao gosto dos países de herança ibérica, pois tanto no modelo no modelo anglo-saxônico, do qual é o melhor exemplo o sistema judiciário norte-americano, como nos modelos europeus, as decisões dos tribunais superiores são acatadas como regra sem que se sintam os juízes de primeira instância nem um pouco amesquinados em sua independência, como efetivamente não se sentem os nossos, no Brasil, quando devam julgar matéria já decidida em ações declaratórias de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade, em que já ocorre o chamado efeito vinculante. (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política da Revista dos Tribunais, n.º 27. 1999. p. 30)”.¹⁹⁴

E no mesmo parecer há, ainda, a reprodução das seguintes palavras do Ministro Sepúlveda Pertence:

¹⁹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Sobre...* cit., p. 52.

¹⁹³ Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal n.º 538/2002 na Proposta de Emenda Constitucional n.º 29/2000, p. 13 (<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=37591&tp=1>, verificado em julho de 2014).

¹⁹⁴ Idem, p. 74-75.

“Continuamos a viver uma ilusão: a de tratar os processos de massa como se fossem processos individuais de conflitos *inter partes*, como se fosse o desquite de João com Maria ou o homicídio de Antônio. que matou Joaquim (...) Tem-se que questões decididas pelo Tribunal há três, quatro, cinco anos continuam a congestionar suas pautas, em homenagem à independência do juiz das instâncias inferiores, que não se vincula à decisão e pode, então, por amor à sua própria convicção, permanecer anos, anos e anos a decidir contrariamente à decisão absolutamente tranqüila do Supremo Tribunal (...) Não se pode transplantar para esta litigiosidade de massa, sobretudo na área previdenciária que tem trazido, a cada ano, centenas de milhares de processos que nenhuma máquina judiciária comporta. O que chega ao STF – nesses números absolutamente astronômicos, indecentes – é uma parcela do que congestiona a Justiça Federal (Palestra na Escola Superior de Guerra citado por Carlos Aureliano Moita de Souza, ob. Cit. p. 26-271”.¹⁹⁵

Cármen Lúcia menciona que, diante da ‘crise’¹⁹⁶ do Judiciário, o Supremo historicamente esforçou-se para buscar formas de tornar a prestação mais célere e racional. E esse movimento sempre passou pela elaboração de recursos que estimulassem a unidade do direito (no que está abrangido a uniformidade). Mas o dogma de não se admitir a vinculação sempre foi intocável.

E ainda que Cármen Lúcia fale das dificuldades dos últimos 120 anos, as preocupações no sentido da racionalização do sistema jurídico são bem anteriores, e remontam ao Império. Nessa perspectiva, Evaldo de Souza Silva cita os *assentos* da Casa de Suplicação do Brasil, que tinham força de lei, por precisão do Decreto n.º 2.684/1875 (foram abandonados após a promulgação da Constituição de 1981, de inspiração estadunidense¹⁹⁷). Refere-se, ainda, ao *prejulgado* (instituído pelo Decreto n.º 16.273/1923), instrumento da Corte de Apelação do Distrito Federal que tinha por finalidade o de impedir interpretações divergentes¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal n.º 538/2002 na Proposta de Emenda Constitucional n.º 29/2000, p. 75.

¹⁹⁶ Deixe-se claro que, nesta pesquisa, não se parte da premissa que a adoção do *stare decisis* é a solução, definitiva ou melhor, para essa ‘crise do Judiciário’, inclusive diante dos vários contextos que a expressão crise pode ter.

¹⁹⁷ SILVA, Evaldo de Souza. *O novo cenário do controle difuso de normas no Brasil: prevalência dos precedentes, controle de sentenças e atos normativos e obsolescência da atuação do Senado Federal*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público Brasília, 2011. p. 80. Disponível em <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/632?show=full>, verificado em julho de 2014.

¹⁹⁸ Idem. Ibidem.

Bem adiante, o Supremo instituiu a “súmula de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal”, para que os entendimentos da Corte fossem reproduzidos tanto no âmbito do STF, quanto pelos demais tribunais. A propósito, em conferência no ano de 1981, no estado de Santa Catarina, o Ministro Victor Nunes (que compôs o Tribunal entre 1960 e 1969) revelou:

“Por falta de técnicas mais sofisticadas, a Súmula nasceu – e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual – da dificuldade, para os Ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual a sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente na Corte. Juiz calouro, com o agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento.

Daí surgiu a idéia da Súmula, que os colegas mais experientes – em especial os companheiros da Comissão de Jurisprudência, Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves – tanto estimularam. E se logrou, rápido, o assentamento da Presidência e dos demais Ministros. Por isso, mais de uma vez, tenho mencionado que a Súmula é subproduto de minha falta de memória, pois fui eu afinal o Relator não só da respectiva emenda regimental como dos seus primeiros 370 enunciados. Esse trabalho estendeu-se até as minúcias da apresentação gráfica da edição oficial, sempre com o apoio dos colegas da Comissão [...]”¹⁹⁹

Em 1963, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi emendado para prever expressamente a súmula de jurisprudência. Os enunciados passaram a integrar o “repertório oficial de jurisprudência da Alta Corte”²⁰⁰. Contudo, sem força vinculante, conforme o próprio Victor Nunes Leal registrou:

“[...] a ‘súmula’ realizou o ‘ideal do meio termo, quanto à estabilidade da jurisprudência... Ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, ‘para a inteligência geral e perpétua da lei’, e a virtual inoperância dos prejudgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da Justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a ‘súmula’ regula o procedimento pelo qual pode ser modificada... Firmar a jurisprudência de modo rígido não seria um bem, nem mesmo seria

¹⁹⁹ Trecho de discurso do Procurador-Geral da República José Paulo Sepúlveda Pertence na sessão do STF de 1414.08.1985, em homenagem póstuma ao Ministro Victor Nunes. (disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalHomenagemPostuma/ano/Victor_Nunes.pdf, verificado em julho de 2014).

²⁰⁰ LEAL, Victor Nunes. *Atualidade do Supremo Tribunal Federal*. Revista Forense, v. 61, n.º 208, p. 15-18, out./dez., 1964.

viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do Direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é freqüentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o meio-termo, para que o STF possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando e diminuindo os dissídios da jurisprudência.”²⁰¹

Observe-se que nem o esforço no sentido de justificar a instituição da súmula, nem o processo de editar cada um dos enunciados, conseguiram evitar essa ‘crise’. E, no contexto de hoje, lembre-se que o Supremo tem inclusive a prerrogativa Constitucional de editar súmulas vinculantes – o que, ao menos até agora, não parece ter sido suficiente para mitigar de forma efetiva o problema da falta de unidade do direito brasileiro. Até porque esse processo, desacompanhado de uma mudança ampla na postura de deferência aos precedentes, poderia refletir de forma desastrosa no âmbito do STF, diante da abertura da via da reclamação constitucional^{202 203} sobre as controvérsias sumuladas. Talvez esse seja inclusive

²⁰¹ LEAL, Victor Nunes. *Atualidade do Supremo Tribunal Federal*. Revista Forense, v. 61, n.º 208, p. 15-18, out./dez., 1964.

²⁰² A propósito, a conclusão do Ministro Teori Zavascki no julgamento da Rcl 4.335, quando concluiu que a força dos precedentes não poderia significar ‘atalho processual’ para o STF: “não se pode estabelecer sinonímia entre força expansiva e eficácia vinculante *erga omnes* a ponto de criar uma necessária relação de mútua dependência entre decisão com força expansiva e cabimento de reclamação. Por outro lado, conforme ficou decidido na Reclamação (AgRg) 16.038 (Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 22.10.2013 [...]) ‘o remédio constitucional da reclamação não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto do Supremo Tribunal Federal’. Assim, sem negar a força expansiva de uma significativa gama de decisões do Supremo Tribunal Federal, é de ser mantida a sua jurisprudência, segundo a qual, em princípio, a reclamação somente é admitida quando ajuizada por quem tenha sido parte na relação processual em que foi proferida a decisão cuja eficácia se busca preservar. A legitimação ativa mais ampla somente será cabível nas hipóteses expressamente previstas na Constituição ou em lei ou de atribuição de efeitos vinculantes *erga omnes*”.

um dos motivos da postura relativamente tímida da Corte no emprego do instituto (até 30 de junho de 2014, 33 enunciados do tipo foram aprovados, e a última autuação de proposta de súmula vinculante recebeu a numeração 110²⁰⁴).

É nesse contexto que se mostra cabível a seguinte reflexão: a resistência formal à vinculação pelos precedentes é algo no mínimo paradoxal. A dificuldade em se considerar a atividade interpretativa que os tribunais fazem sobre as normas como fonte de direito de igual estatura ao trabalho do Parlamento²⁰⁵ torna-se contraditória com o método com que hoje a jurisdição é prestada no país, diante do fato de que é raríssimo ato decisório, razões das partes ou do Ministério Público em que não tenham sido mencionados julgados anteriores de tribunais.

Retorno às palavras do Ministro Teori Zavascki, na Rcl 4.335/AC. E nessa medida, considerado o fato de que em 1891 não havia ‘empecilho constitucional’ para que adotássemos o sistema de precedentes, conforme pretendia Rui Barbosa, parece anacrônico o óbice de hoje em admitir-se que entendimentos anteriores alcancem as controvérsias futuras.

2.3. SEGURANÇA JURÍDICA E AS VANTAGENS DA DOCTRINA DOS PRECEDENTES

²⁰³ Essa preocupação foi novamente abordada pela Corte no julgamento dos agravos regimentais nas reclamações 11.408/MG e 11.427/MG, ambas de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que se discute o cabimento originário de reclamação constitucional em face de suposta ofensa à sistemática da repercussão geral (não concluído em decorrência de pedido de vista do Ministro Roberto Barroso). No informativo do STF n.º 726 (divulgado em 21 de novembro de 2013), noticiou-se o que se segue sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes: “[o] Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista, acompanhou o relator, para negar provimento a ambos os recursos. Aduziu que não se poderia substituir a via do recurso extraordinário pela da reclamação, de forma a sobrecarregar, novamente, esta Corte. Ponderou que, para o bom funcionamento do regime da repercussão geral, ainda em construção, o STF deveria cuidar para que ficasse clara a extensão dos acórdãos relativos à repercussão geral. Competiria aos demais tribunais proceder à adequada aplicação desses mesmos acórdãos. Ponderou que a atividade seria conjunta e considerou que os tribunais exerceriam papéis de extrema relevância e responsabilidade na aplicação da repercussão geral”. Gilmar Mendes ainda ponderou que, “em regra, não se poderia rever a aplicação da repercussão geral, caso a caso, pelo STF”. Contudo, excepcionou dessa regra geral a hipótese de “erro grave na aplicação do precedente pelo tribunal *a quo* – a implicar usurpação da competência desta Corte ou afronta ao acórdão-paradigma do STF, cujos efeitos não se restringiriam aos do recurso extraordinário julgado pelo Supremo –, a reclamação poderia ser admitida”. Assim, flertou o Ministro novamente com a questão do cabimento da reclamação em pronunciamentos da via subjetiva que surtirem efeitos *ultra partes*.

²⁰⁴ Informações obtidas em <http://www.stf.jus.br>.

²⁰⁵ Sem que se descure da competência normativa dos outros poderes.

Eros Roberto Grau, logo na introdução de *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)* – obra escrita após sua aposentadoria do Supremo –, traz uma ponderação sensível sobre o que chama de ‘direito moderno’:

“O chamado *direito moderno* é racional, na medida em que permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade* e *calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos _ vale dizer: segurança. Cotidianamente trocamos nossa insegurança por submissão ao poder [Executivo, Legislativo e Judiciário]. E definimos "segurança" pelo seu contrário. Aqui, hoje – sob o chamado *Estado moderno* –, aceitamos o poder por conta de garantias mínimas de *segurança* por ele bem ou mal asseguradas”.²⁰⁶

Essa breve transcrição de Eros Grau sobre segurança, num sentido *lato*, entrelaça-se com o que J. J. Gomes Canotilho define como princípio da proteção à confiança (em passagem na qual faz diferenciação disso com segurança jurídica):

“Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a =-’/ bvcxdsa calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos.

[...].

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tornadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros previstos ou calculados com base nessas mesmas normas”.²⁰⁷

E, sobre segurança jurídica, Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma o que se segue:

“[É] o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter; com a certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade

²⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 13.

²⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6.^a ed. revisada. Coimbra: Almedina, 1993, p. 395.

que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao seu passado”.²⁰⁸

Sem que aqui se pretenda exaurir as definições acima, o fato é que, para todos esses autores, segurança (jurídica) compreende os elementos calculabilidade e previsibilidade, cuja necessidade de realização foi o principal motivo da solidificação da doutrina do *stare decisis* na Inglaterra há cerca de 150 anos.

Especificamente sobre igualdade, prevê a cabeça do art. 5.º da Constituição da República (rol dos direitos e deveres individuais e coletivos) que “[t]odos são iguais perante a lei”. Apesar do destaque que a Carta conferiu ao princípio constitucional da igualdade, a postura do Judiciário no Brasil impede que a lei seja igual para todos.

Não é raro que, em julgamentos sobre situações de todo idênticas, duas soluções absolutamente distintas sejam conferidas. Aos olhos da sociedade, e especialmente do jurisdicionado, qualquer raciocínio sobre essa conjuntura não passa pela contemplação de que ela deveria ser admitida num Estado Democrático de Direito.

Considerado o fato de que o Judiciário é a derradeira oportunidade para que o direito à segurança (jurídica) do indivíduo seja de fato tutelado, é inconcebível imaginar disparidade em casos iguais. O fato é que, no nosso sistema, a máxima *treat like cases alike* não é um dogma. E se essa constatação, sem maiores adereços, já soa inadmissível, o fato de haver entendimentos díspares sobre a mesma controvérsia sendo proferidos há mais de uma década chega a ser *kafkiano*.

Contudo, deveria causar maior perplexidade a máxima referida no parágrafo anterior ser olvidada no sistema brasileiro²⁰⁹, por distanciar-se, na verdade, do que se deve entender por justiça.

²⁰⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade*. In: *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Cármen Lúcia Antunes Rocha (org.), 2.ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 20-21.

Consolidou-se no país um sentido equivocado às expressões autonomia e independência funcional dos juízes, que acabou por atribuir-lhes a possibilidade de proferir decisões em descompasso com os precedentes firmados, a despeito do contrassenso que isso representa. No *common law* isso é expressamente concebido como grave arbitrariedade. Na jurisdição americana, inclusive, trata-se como ilegalidade conferir tratamento desigual aos casos desiguais²¹⁰. E, de fato, aqui também assim o é. Contudo, ainda não houve divulgação doutrinária ou jurisprudencial dessa constatação com robustez, e essa concepção errática de independência ainda prospera.

No *common law* essa problemática foi mitigada pelo *stare decisis*. E efetivamente, uma análise um pouco mais detida sobre experiências observadas nesse sistema efetivamente poderia estimular os Juízes no Brasil ao respeito ao precedente.

O Professor da Yale Law School Jonathan R. Macey, por exemplo, enumera diversas vantagens da doutrina. E algumas delas valem ser referidas. Para o Jurista, o *stare decisis* confere ao *judicial decisionmaking* um aspecto virtuoso²¹¹, por transmitir a sensação de que o julgamento baseou-se em um direito estabelecido anteriormente de forma precisa e cuidadosa; a doutrina é eficiente porque diminui os custos do *judicial review*²¹², já que desestimula a litigiosidade tanto relativamente à propositura de ações quanto à interposição de recursos; reduz a incerteza dos próprios juízes, ao analisarem as posturas de outros magistrados²¹³; e permite, num sistema judicial baseado na hierarquia (como também o é o brasileiro) os óbvios benefícios da unificação do direito²¹⁴.

²⁰⁹ “Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático de Direito, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se essas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 101).

²¹⁰ POSNER, Richard A.. *Law...* cit. p. 93-94.

²¹¹ MACEY, Jonathan R.. *The Internal and External Cost and benefits os stare decisis*. HeinOnline -- 65 Chi.-Kent L. Rev. 106 1989.

²¹² Idem, HeinOnline -- 65 Chi.-Kent L. Rev. 94 1989.

²¹³ Idem, HeinOnline -- 65 Chi.-Kent L. Rev. 102 1989.

²¹⁴ Idem, HeinOnline -- 65 Chi.-Kent L. Rev. 108 1989.

Robert Barnhart de certa forma resume esse quadro apontado por Macey: “[m]oving to the advantages of *stare decisis*, three common arguments on behalf of *stare decisis* are: (1) it legitimizes judicial institutions, (2) it ‘promotes judicial economy’ and (3) it ‘allows for predictability’”²¹⁵.

E Thomas Healy, Professor associado da Seton Hall Law School faz importante referência sobre uma virtude do *stare decisis* observada quando da sua consolidação nos Estados Unidos: o precedente era necessário para limitar o poder dos juízes²¹⁶ e, com isso, as decisões arbitrárias eram evitadas.

O que se vê é que todos esses benefícios mencionados poderiam ser observados no Brasil também, caso o respeito ao precedente aqui tivesse maior robustez.

Ainda que se admita que o sistema brasileiro não permite a importação integral do *stare decisis*, o fato é que as vantagens em se decidir de acordo com os precedentes – especialmente os de tribunais hierarquicamente superiores – devem ser objeto de atenção dos Juízes. No caso de questões pacificadas eles devem submeter-se ao posicionamento superior, ainda que não aprove o tratamento que se deu à questão. A autonomia funcional e independência que se confere ao magistrado significa a liberdade de exercer seu múnus sem influências – notadamente políticas –, e não a de ofenderem deliberadamente a jurisprudência na hipótese de discordância com uma orientação já fixada. O juiz deve entender que ele tem de exercer seu papel de agente público, o que lhe impõe agir de forma a racionalizar o sistema jurídico, e não desagregá-lo.

No ponto, permito-me reproduzir o lúcido e completo raciocínio do Professor Luís Guilherme Marinoni:

“Embora as decisões, no sistema do *civil law*, variem constantemente de sinal, trocando de sentido ao sabor do vento, isso deve ser visto como uma patologia ou como um equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa tradição jurídica. Supôs-se

²¹⁵ BARNHART, Robert. *Principled pragmatic...* cit., HeinOnline -- 80 Notre Dame L. Rev. 1922 2004-2005.

²¹⁶ “William Cranch, the second reporter for the Supreme Court, argued that adherence to precedent was necessary to limit the power of judges” (HEALY, Thomas. *Stare Decisis...* cit.).

que os juízes não devem qualquer respeito às decisões passadas, chegando-se a alegar que qualquer tentativa de vincular o juiz ao passado interferiria sobre o seu livre convencimento e sobre a sua liberdade de julgar. Trata-se de grosseiro mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre todos que o rodeiam, e, assim, sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isso, que este sistema não serve a ele, porém ao povo.

Como é óbvio, o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isso, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. [...]

É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua própria decisão, aos olhos do jurisdicionado, em um "nada", ou, pior, em obstáculo que precisa ser contornado mediante a interposição de recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais à tutela efetiva e à duração razoável do processo".²¹⁷

Um dos conceitos de uma demanda bem decidida é o fato de ela ser definida com rapidez. Dessa forma, a melhor hipótese é que a causa seja decidida em primeira instância. O juiz deve demonstrar às partes que se vinculou ao direito dito pelos tribunais de hierarquia superior, para que isso sirva como um alerta para a inutilidade da interposição de recurso. A via recursal não deve ser a regra, deve ser a exceção.

Sob um viés racional e mais sistêmico, os juízes devem entender também que a adoção de precedentes minimiza custos e racionaliza o trabalho, por não incentivar a composição das lides pelo Judiciário. Como lembra Jonathan. R. Macey, a diminuição da incerteza permite o melhor planejamento pelos atores legais, o que resulta em menos litígios²¹⁸. E isso permite também ainda que o juiz

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...* cit., p. 65.

²¹⁸ MACEY, Jonathan R.. *The Internal and External Cost...* cit., HeinOnline -- 65 Chi.-Kent L. Rev. 107 1989.

volte sua atenção para demandas mais complexas e as decida melhor²¹⁹. E, principalmente, influi para que o ajuizamento de causas seja racional, ao contrário do que ocorre hoje no Brasil, onde se sabe que é comum que se proponha demandas judiciais em busca de sorte, como numa loteria.

Ao concluir sobre os benefícios do *stare decisis*, o Professor Macey é categórico:

“In a world in which the socially desirable outcome generally will be indeterminate, the certainty provided by a regime of *stare decisis* may be the best that a legal system can hope to achieve.”

E, finalmente, sobre o que a certeza do direito significa, e de que forma o *stare decisis* para isso concorre, Marinoni arremata:

“[...] o sistema de *common law*, mediante o instituto do *stare decisis*, possui plena capacidade de garantir a previsibilidade, demonstrando grande preocupação com a segurança das relações sociais, para o que a certeza do direito é imprescindível. Constitui lugar comum, na literatura inglesa e estadunidense, a afirmação de que a previsibilidade constitui razão para seguir precedentes. O *stare decisis* é visto como instituto disciplinado para garantir a segurança jurídica. Lembre-se que Hale disse que o *stare decisis* tinha como objetivo satisfazer a exigência de certeza formal”.²²⁰

2.4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E SUA ÍNDOLE DEMOCRÁTICA

Como já registrei anteriormente, o art. 52, inciso X, da Constituição não faz distinção sobre a índole do feito em que declarada a inconstitucionalidade. A locução da regra é genérica. Na cabeça do artigo lê-se somente “[c]ompete privativamente ao Senado Federal”. E, no inciso X, “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

A única ressalva de estatura constitucional quanto a essa competência do Senado é a do § 2º do art. 102, segundo a qual somente “[a]s decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de

²¹⁹ Jonathan R. Macey lembra até mesmo que o *stare decisis* permite ao juiz que tenha mais lazer, por não ter que repetir esforços (*The Internal and External Cost...* cit., HeinOnline -- 65 Chi.-Kent L. Rev. 111 1989).

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...* cit., p. 129.

inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante”.

Isso poderia levar à conclusão, sob uma perspectiva estritamente formal ou legalista, de que o efeito *erga omnes* que se confere à arguição de descumprimento de preceito fundamental, definido por lei ordinária (art. 10, § 3.º, da Lei n.º 9.882/1999) é inconstitucional.

Mesmo assim, talvez nem se cogite de uma incompatibilidade desse dispositivo com o legal com o dispositivo constitucional diante de um retrocesso, que retiraria da ADPF sua eficácia. Idêntico raciocínio é cabível com relação às medidas cautelares concedidas em ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade (arts. 11, § 1.º, e 21, parágrafo único, da Lei 9.886/1999)²²¹.

Nessa perspectiva, além do que já se registrou aqui sobre o desenvolvimento histórico do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, não seria ilógico concluir que o fato da atuação da Alta Câmara estar limitada às declarações de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso justifica-se na premissa (que vem ganhando perímetros de axioma) de que o STF estaria (melhor) vocacionado para processar e julgar causas pela via abstrata. Sustenta-se que o próprio Constituinte privilegiado o controle concentrado²²².

Essa assertiva, contudo, deve ser observada com alguns cuidados.

²²¹ A propósito, MENDES, Gilmar Ferreira. *Do efeito vinculante das decisões concessivas de cautelares*. Revista Ibero-Americana de Direito Público. Ano III, n.º 10 (jul/dez 2002), p. 95/106. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. Disponível em http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=57:do-efeito-vinculante-das-decisoes-concessivas-de-cautelares-em-acao-direta-de-inconstitucionalidade&id=4:acao-direta-de-inconstitucionalidade&Itemid=74, verificado em julho de 2014.

²²² “A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidental*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” (voto do Ministro Gilmar Mendes proferido na Rcl 4.335/AC, disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>, verificado em junho de 2014).

É próprio da natureza da via difusa ser essencialmente mais aberta ao diálogo pluralista que o controle abstrato. Nesse sentido, Clara da Mota Santos lembra que

“[o] recurso extraordinário é o caminho pelo qual o Supremo Tribunal Federal julga questões constitucionais a partir de fatos e é justamente a moldura fática a contenção natural aos julgamentos que buscam exaurir as controvérsias em litígio projetando desnecessariamente o futuro. A resignificação dessa modalidade deve então jogar luz sobre esta característica que a torna singularmente mais plural e democrática”.²²³

Sob essa ótica, faço a seguinte reflexão: mostra-se lógico admitir que a deliberação sobre constitucionalidade em feito submetido diretamente ao STF pela via concentrada tenha efeitos mais amplos que aquela proferida no âmbito de um recurso extraordinário, ou de um *habeas corpus*? A resposta é negativa.

Novamente sobre a tensão entre controle social e legitimidade dos tribunais constitucionais, Marcos César Botelho esclarece o que se segue:

“[...] nenhum Poder pode ficar imune ao controle direto da sociedade. O Poder Executivo e o Poder Legislativo sofrem o controle através do processo eleitoral, em que o cidadão participa de forma direta na eleição de seus representantes. No caso do Poder Judiciário esse controle não ocorre, pois, em diversos modelos constitucionais (é caso do Brasil), os membros das Cortes não são eleitos diretamente pela sociedade.

Esse fato, contudo, não é fator de mitigação da legitimidade da Corte Constitucional, pois, como adverte Friedrich Müller, “todo e qualquer sistema político necessita de legitimidade interna bem como externa.”

E, por isso, a legitimidade da Corte Constitucional, não sendo aferível em razão da participação popular no processo de escolha dos membros, ocorre justamente pela abertura do Tribunal à práxis pública argumentativa”.²²⁴

²²³ SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial...* cit., p. 156.

²²⁴ BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008. p. 199.

Vale referir que essa necessidade de ‘abertura do Tribunal à praxis pública argumentativa’²²⁵, conferindo caráter plural à jurisdição constitucional, foi absorvida pelo legislador:

“A Lei nº 9.868/99, em seu art. 7º, § 2º, permite que a Corte Constitucional admita a intervenção no processo de órgãos ou entidades, denominados *amici curiae*, para que estes possam se manifestar sobre a questão constitucional em debate.

Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros interessados.

Os denominados *amici curiae* possuem, atualmente, ampla participação nas ações do controle abstrato de constitucionalidade e constituem peças fundamentais do processo de interpretação da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal.

Assim, é possível afirmar que a Jurisdição Constitucional no Brasil adota, hoje, um modelo procedimental que oferece alternativas e condições as quais tornam possível, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional.

Além da intervenção de *amicus curiae*, a Lei nº 9.868/99 (art. 9º) permite que o Supremo Tribunal Federal, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, requisite informações adicionais, designe peritos ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre a questão constitucional em

²²⁵ “[...] consoante ressalta PAOLO BIANCHI, em estudo sobre o tema (“Un’Amicizia Interessata: L’amicus curiae Davanti Alla Corte Suprema Degli Stati Uniti”, “in” “Giurisprudenza Costituzionale”, Fasc. 6, nov/dez de 1995, Ano XI, Giuffrè), a admissão do terceiro, na condição de “*amicus curiae*”, notadamente no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, *em obséquio ao postulado democrático*, a abertura do processo de fiscalização de constitucionalidade, em ordem a permitir que, *nele*, se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem *os interesses gerais da coletividade* ou que expressem *os valores essenciais e relevantes* de grupos, classes ou estratos sociais. [...]. Valioso, a propósito dessa particular questão, o magistério expandido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES (“Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor), em passagem *na qual põe em destaque* o entendimento de PETER HÄBERLE, para quem o Tribunal “*há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional*” (p. 498), em ordem a pluralizar, *em abordagem que deriva da abertura material da Constituição*, o próprio debate em torno da controvérsia constitucional, conferindo-se, *desse modo*, expressão real e efetiva ao princípio democrático, sob pena de se instaurar, no âmbito do controle de constitucionalidade, *um indesejável “deficit” de legitimidade* das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício dos poderes inerentes à jurisdição constitucional” (decisão monocrática proferida pelo relator no RE 659.429/RS, Rel. Min. Celso de Mello. Informativo/STF n.º 742, divulgado em 05.04.2014).

debate, e realize audiências públicas destinadas a colher o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.²²⁶

O Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática proferida quando presidente do Supremo, revela que se incorporaram na prática da Corte tanto esses mecanismos legais²²⁷ quanto meios informais para ampliar a participação da sociedade no processo argumentativo e decisório:

“Ademais, a apresentação de inúmeros memoriais por parte de diversos interessados já é prática comum nas semanas que antecedem o julgamento de processos cuja tese discutida afete vários cidadãos e instituições.

E, muitas vezes, as informações trazidas nesses documentos são utilizadas para a formação do convencimento dos Ministros e, inclusive, constam expressamente de seus votos.

Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito.

[...].

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”.

Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição”.²²⁸

Sem que se olvide do fato de que, ao menos num primeiro momento, o esforço legislativo e jurisprudencial para essa abertura privilegiou o controle

²²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do (colaborador). *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

²²⁷ “[...] a intervenção processual do “*amicus curiae*” tem por objetivo essencial *pluralizar o debate constitucional*, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, *visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática* das decisões emanadas desta Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar o controle de constitucionalidade, *especialmente em sede abstrata*, tal como destacam, *em pronunciamento sobre o tema*, eminentes doutrinadores (GUSTAVO BINENBOJM, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, “Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?”, 2010, Saraiva, v.g.)” (RE 659.429/RS, Rel. Min. Celso de Mello, cit.).

²²⁸ ADI 2316/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 01.02.2010.

abstrato, na via difusa parte dessa problemática da participação democrática já se tem por atenuada²²⁹.

Em muitas das vezes, no controle difuso antecedeu-se decisões de três instâncias judiciais anteriores, em que na maior parte dos casos a discussão da controvérsia ocorreu durante anos²³⁰. Com ampla participação das partes em audiências, por intermédio de petições e de razões recursais, houve a prolação de decisões de Juízes de diferentes hierarquias, competências e experiências²³¹.

Patrícia Perrone Campos Mello, autora da obra *Precedentes: o Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*²³², menciona, ainda, que

“[c]om exceção do controle concentrado, a jurisprudência do STF é formada também com base nas resistências das cortes de base. O processo vai passando pelas instâncias e, para cada argumento, existe um contra-argumento. Quando o STF decide, já há todos os argumentos produzidos”.²³³

²²⁹ “Dentre todas as modalidades de manifestação da nossa jurisdição constitucional, o controle difuso e concreto é aquela precipuamente capaz de levar fatos ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, de ensejar uma abordagem mais marcada efetivamente pela deferência, minimalismo e diálogo” (SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial... cit.*, p. 139).

²³⁰ Walber de Moura Agra conclui o que se segue acerca da maior abertura argumentativa a que estão sujeitos os juízes de primeira instância: “[o]s juízes singulares, principalmente, ostentam maior legitimidade porque estão em contato direto com as demandas populares, podendo decidir de forma mais justa; qualquer cidadão, desde que passa em um concurso de provas e títulos, pode exercer tal função, o que demonstra sua capacidade meritória; sua atuação sofre fiscalização das demais instâncias judiciárias, no que mitiga seus excessos; são mais receptivos as discussões doutrinárias, permitindo uma abertura dos intérpretes da Constituição” (AGRA, Walber de Moura. *O sincretismo da Jurisdição Constitucional Brasileira*. In: NOVELINO, Marcelo (Organizador). *Leituras complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade*, 3.^a ed. Salvador: JusPodvim, 2010, p. 121).

²³¹ “É também no controle difuso que mais pontos de vista se agregam à formação dos entendimentos judiciais, as teses são testadas mais profundamente, diminuindo-se os riscos de erros e imprevistos. Por mais que se alegue, a partir das ideias de Peter Häberle, que a aceitação de *amicus curiae* nas ações diretas de inconstitucionalidade é suficiente para a garantia da legitimidade procedimental do modelo 438, é incomparável o grau de participação que se apresenta ao longo da tramitação de um recurso extraordinário até o STF, porquanto neste tipo de processo os entendimentos contam com a contribuição dos juízes e partes que se manifestam ao longo da cadeia” (SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial... cit.*, p. 143).

²³² São Paulo: Renovar, 2008.

²³³ Trecho de entrevista publicada em 7 de setembro de 2008 no site Consultor Jurídico – Conjur (http://www.conjur.com.br/2008-set-07/legislativo_abriu_caminho_juiz_pudesse_criar, verificado em julho de 2014).

Essas circunstâncias já conferem, por si sós, caráter mais plural ao controle incidental, a via que por excelência permite uma maior aproximação de atores processuais, notadamente as partes – e, conseqüentemente, da sociedade como um todo – junto à Suprema Corte²³⁴.

Contudo, não bastasse já ser da natureza dos feitos submetidos ao Supremo por meio concreto esse viés mais aberto e plural, o Tribunal passou a admitir a oitiva dos *amici curiae*²³⁵ e até mesmo a realização de audiências públicas em recursos extraordinários em que se reconheceu a repercussão geral²³⁶.

Estabelecido que nada impede que esses elementos de ampliação participativa no processo decisório ocorram, também, na via difusa, sob a ótica do *deficit* democrático da jurisdição constitucional, e sob a abordagem da perspectiva mais aberta que naturalmente existe no controle difuso, o que se pode concluir é que nela há menos motivos para que se imponha a submissão da decisão definitiva do Supremo ao rigor do Senado Federal que no controle concentrado.

²³⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 447.

²³⁵ “A intervenção de *amicus curiae* no controle concentrado de atos normativos primários destina-se a pluralizar e a legitimar social e democraticamente o debate constitucional, com o aporte de argumentos e pontos de vista diferenciados, bem como de informações fáticas e dados técnicos relevantes à solução da controvérsia jurídica e, inclusive, de novas alternativas de interpretação da Carta Constitucional [...]. [T]ais razões impeliram o Supremo Tribunal Federal a conferir interpretação extensiva ao art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, admitindo a intervenção de *amicus curiae* nas ações declaratórias de constitucionalidade e inclusive nos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, pelo caráter objetivo que assumem após tal fase processual” (trecho de decisão monocrática proferida pela Ministra Rosa Weber no RE 592.891/SP, de sua relatoria. DJe 21/05/2012).

²³⁶ Exemplificativamente, no RE 641.320/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, o relator convocou audiência pública para que se discuta a possibilidade de “[c]umprimento de pena em regime menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido na condenação pena”. No RE 581.488/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, o relator convocou audiência pública “sobre internação hospitalar com “diferença de classe” no Sistema Único de Saúde”.

Dessa, forma, a assertiva de que a Constituição deu prevalência ao controle abstrato não é imune a críticas²³⁷. Se o Constituinte Originário transmitiu essa ideia ao ampliar sensivelmente o rol de legitimados para propositura da ação direta, o mesmo raciocínio deve ser empregado quando a Emenda Constitucional n.º 45/2003 alterou totalmente o significado do recurso extraordinário.

Essa primazia passou a ser um argumento com contornos de fragilidade diante da referida Emenda Constitucional. Ao instituir as fórmulas da repercussão geral e da súmula vinculante, o Constituinte derivado, ao invés de debilitar a via subjetiva, conferiu-lhe mais força, inclusive para que seus efeitos sejam irradiados para outrem que não somente os participantes da relação processual.

Lembremo-nos que a influência de Peter Häberle (refletida inclusive nas leis que regulamentam as ações da via direta) introduziu na Suprema Corte uma visão republicana e democrática na forma aplicar a Constituição²³⁸. E, conforme tudo que se falou, uma forma de ampliar essa abertura é conferir à sociedade acesso ao Tribunal. É nesse panorama que o recurso extraordinário, instruído pelo contexto fático e manifestações em diversas instâncias, mostra-se um recurso muito mais hábil para os propósitos republicanos e democráticos que a via abstrata.

A conclusão, por tudo que foi dito, é que a ideia do ‘primado’ do controle concentrado deve ser vista com ressalvas. Deixar de prestigiar a plural via difusa significa acentuar o *deficit* democrático e essa não parece ser a intenção do Constituinte ou Legislador – que vêm conferindo especial protagonismo para a sua objetivação – nem a postura que vem tomando o Supremo.

²³⁷ Para Clara da Mota Santos, essa “associação entre controle abstrato e melhores resultados em termos de jurisdição constitucional [...] ainda não se fez comprovar como verdadeira no campo empírico. [...] Segundo dados estatísticos encontrados no site do STF, até o ano de 2012, um total de 4.820 ações diretas de inconstitucionalidade haviam sido distribuídas. Desse montante, 1.266 ainda aguardam julgamento, algo em torno de 30% do acervo, sendo a mais antiga a de n.º. 136. Outras 1.950 ações não foram conhecidas, resultando em 40,5% do estoque. Os números revelam que mais ações diretas estão sem resposta ou sequer tramitaram do que a quantidade até hoje julgada procedente que representa de 16% do volume ou 770 processos” (SANTOS, Clara da Mota, *Ativismo judicial...* cit., p. 15).

²³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do (colaborador). *O pensamento de Peter Häberle...* cit..

De um lado, admitir a preponderância da via direta, cuja eficácia *erga omnes* está imune de maiores críticas, não parece reforçar a autoridade dos precedentes – e conseqüentemente enfraquece o contexto que dá suporte à tese de mutação.

De outro, a Emenda Constitucional n.º 45/2004, ao ampliar a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo em sua competência recursal-subjetiva, desperta a ideia de que a Corte deve assumir, fundamentalmente, sua atribuição de Tribunal Constitucional²³⁹.

²³⁹ Nesse sentido, o dizer de Clémerson Cléve: “chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira corte especializada em questões constitucionais” (CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 194).

3. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA À LUZ DA TEORIA PRAGMÁTICA DO DIREITO DE RICHARD. A. POSNER

Os dois primeiros capítulos, ao abordarem dados históricos, ressaltarem a força expansiva do controle difuso, e esclarecerem o atual significado da resolução suspensiva, demonstraram a validade da proposta que confere novo significado ao art. 52, inciso X, da Constituição da República.

Neste Capítulo, essa legitimidade será reforçada, ao se constatar que ela representa uma resposta pragmática, segundo o que definiu Posner em *Law, Pragmatism and Democracy*. E a conclusão final é a de que efetivamente operou-se a mutação quanto à referida regra constitucional.

Antes, breves esclarecimentos sobre o conceito de mutação constitucional e a origem do pragmatismo devem ser tratados.

Quanto à mutação constitucional, mais do que uma mera interpretação da norma, o instituto significa a alteração do significado do dispositivo²⁴⁰ – concepção primorosamente tratada pelo Ministro Eros Grau no seu voto vista na Rcl 4.335/AC:

“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.

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado”²⁴¹.

²⁴⁰ Esse é o sentido do instituto para os fins deste trabalho.

²⁴¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>, verificado em julho de 2014.

Também na Rcl 4.335/AC, o Ministro Gilmar Mendes resume o conceito brevemente em seu voto. Com apoio em Georg Jellinek, Hsü Du-Lin e Anna Cândida da Cunha Ferraz, afirma que mutação constitucional é a “reforma da Constituição sem expressa modificação do texto”²⁴².

Na mutação, o significado da norma é alterado pelos fatos. O profundo anacronismo da literalidade da regra com a realidade faz com que o texto adquira nova semântica, diante da sua incapacidade de compor o direito²⁴³. E, efetivamente, formulações referentes à história e aos fatos concretos são elementos essenciais para identificá-la²⁴⁴.

O Ministro Eros registra, então, perante o Plenário do STF, o dado da realidade que o fez concluir pela mutação do art. 52, inciso X: a fórmula anterior não impedia o “crescimento do número de litígios e a multiplicação de processos idênticos no âmbito do sistema de controle difuso”. E para assentar a legitimidade do seu entendimento, reafirma a Supremacia do STF e o seu papel no controle de constitucionalidade:

“[O] Poder Legislativo pode exercer a faculdade de atuar como intérprete da Constituição, para discordar de decisão do Supremo Tribunal Federal, exclusivamente quando não se tratar de hipóteses nas quais esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei, seja porque o Congresso não tinha absolutamente competência para promulgá-la, seja porque há contradição entre a lei e um preceito constitucional. Neste caso, sim, o jogo termina com o último lance do Tribunal; nossos braços então alcançam o céu”.²⁴⁵

É possível concluir que o Ministro, ao observar a realidade da prestação jurisdicional no país, pretendeu criar um recurso para impedir, ou pelo menos mitigar, o avanço da litigiosidade por intermédio da via difusa no país –

²⁴² Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>, verificado em julho de 2014.

²⁴³ Voto do Ministro Eros Grau na Rcl 4.335.

²⁴⁴ Ainda que nos Estados Unidos não haja um conceito definido para mutação constitucional, ela encontra alguns paralelos no que lá é chamado de *living constitution*. Segundo Strauss, *living constitution* é o Texto Constitucional que “evoluiu no tempo para adaptar-se às novas circunstâncias, sem ser formalmente emendado” (STRAUSS, David A.. *The Living Constitution...* cit., location 116/2460). E arremata o referido autor: “[n]ão se pode determinar o direito pelo exame tão somente de um texto ou das intenções de uma só entidade. O conteúdo do direito é determinado pelo processo evolutivo” (Idem, location 590/2460). O que, evidentemente, pressupõe avaliar os acontecimentos concretos.

²⁴⁵ Voto do Ministro Eros Grau na Rcl 4.335.

reveladora, segundo ele, da “precariedade da paz construída no interior da sociedade civil”²⁴⁶.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, afirmou que o STF já vinha manifestando preocupação com a multiplicação das demandas e passou a alterar entendimentos com a finalidade de generalizar a eficácia *erga omnes* de decisões em diversos casos. E, de forma expressa, pontuou o entendimento do Tribunal no RE 190.728/SC, redator para o acórdão Min. Ilmar Galvão²⁴⁷, em que a Corte reafirmou a validade do art. 101 do seu Regimento Interno²⁴⁸, com fundamentos em princípios como da economia processual e segurança jurídica, bem como na necessidade de “racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira”. O Ministro mencionou, ainda, que o fato de a Corte passar a reconhecer “efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental” revelava “uma nova compreensão do texto no âmbito da Constituição de 1988”²⁴⁹.

Era o Supremo moldando sua forma de decidir com base em dados da realidade, diante do fato de que a postura tradicional poderia significar a repetição de esforços e a reprodução de demandas idênticas no seu âmbito e no de tribunais inferiores. Fundamentos que, efetivamente, não podem ser desassociados de um comportamento pragmático – o que será a abordagem deste capítulo.

Nesse contexto, vale destacar, brevemente, alguns pontos acerca do método pragmatista.

²⁴⁶ Voto do Ministro Eros Grau na Rcl 4.335.

²⁴⁷ “ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACÓRDÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO QUE, INVOCANDO DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MODIFICATIVA DE PRECEDENTE DO PLENÁRIO DA CORTE DE ORIGEM SOBRE A MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM CAUSA, JULGOU DE LOGO A APELAÇÃO, SEM RENOVAR A INSTÂNCIA INCIDENTAL DA ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Procedimento que, na esteira da orientação estabelecida no art. 101 do RI/STF, não pode ser tido por ofensivo ao art. 97 da Constituição Federal, posto que, além de prestigiar o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, nele consagrado, está em perfeita harmonia, não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, concorrendo, ademais, para a racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira. Recurso não conhecido” (ementa publicada no DJ de 31.05.1997).

²⁴⁸ Art. 101 do RISTF: “[a] declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103”.

²⁴⁹ Voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl 4.335.

Em *Pragmatism*, de 1907, William James esclarece que *pragm* é a palavra grega que significa ação, da qual o vocábulo em inglês *practice* é oriunda. Explica ainda que a concepção foi introduzida na filosofia em 1878 por Charles Peirce, ao sustentar que a percepção perfeita sobre um objeto envolveria conceber que sensações e reações esperar dele²⁵⁰. Para James não há nada de absolutamente novo no método pragmático²⁵¹, significando tão somente a atitude de refutar o abstrato, a insuficiência das soluções verbais e substituí-los pela concretude e adequação, considerados os fatos reais²⁵².

O pragmatismo não seguiu uma linearidade, e nas diferentes e amplas formas²⁵³ do seu desenvolvimento faltaram até mesmo maiores pontos de contato entre seus teóricos. James, por exemplo, “estabeleceu novos rumos funcionais para a psicologia”²⁵⁴. Já John Dewey, além de ter conferido especial atenção para a política, concentrou esforços em métodos pedagógicos de aprendizado²⁵⁵.

Diante da definição fluida do recurso pragmático, Rodrigo Kaufmann assinala não fazer sentido “estabelecer conceitos e definições” sobre o pragmatismo filosófico²⁵⁶. O pragmatismo não tem apego a um estilo, nele não existe um domínio teórico.

Ainda que o comportamento pragmatista não tenha uma delimitação precisa, admite-se, contudo, que três signos sustentam sua a essência²⁵⁷: o antifundacionismo (que é em suma a rejeição de formulações metafísicas²⁵⁸, abstratas ou teóricas que justifiquem a realidade); o consequencialismo²⁵⁹ (a

²⁵⁰ JAMES, William. *Pragmatism: A new name for some Old Ways of Thinking*. The Gutenberg Project, eBook #5116, 2004, iBooks/iPad, p. 42-43 de 241.

²⁵¹ Idem, p. 45.

²⁵² Idem, p. 46.

²⁵³ POSNER, Richard A.. *Law...* cit., p. 2.

²⁵⁴ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos...* cit., p. 64.

²⁵⁵ Idem. *Ibidem*.

²⁵⁶ Idem, p. 62.

²⁵⁷ Idem, p. 67-88.

²⁵⁸ Para Posner, o pragmatismo rejeita a verdade de proposições metafísicas, mas admite que ela influencia valores, o estilo. (POSNER, Richard A.. *Law...* cit., p. 5).

²⁵⁹ Uma diferença que se anota desde já entre o pragmatismo filosófico e a teoria pragmática legal de Posner é a de que o Jurista entende o racionalismo como emento mais importante que o mero consequencialismo, por ser um método com melhor aptidão para analisar mais circunstâncias que a mera ótica focada nas consequências (POSNER, Richard A.. *Law...* cit., p. 65).

atenção que se direciona para os resultados e as consequências); e o contextualismo (o entendimento de que as conclusões não são baseadas num pensamento universal e os problemas e as formulações das ideias são analisadas à luz das condições sociais, culturais e econômicas). Esses elementos, em si mesmos, ratificam a ideia de que o método não se trata de uma corrente filosófica precisa.

Nesse sentido, Michael Bacon lembra que a conduta pragmática não se limita tão somente a analisar consequências e resultados, cartesianamente:

“[...] pragmatists are united in acknowledging the importance of what Putnam calls ‘the supremacy of the agent point of view’ and Brandom ‘the primacy of the practical’. Rorty sees in the primacy of the practical opportunities for re-description and self-creation, thinking that philosophy is one value when it is in service to this end. Brandom and Price are concerned to offer a pragmatist account of knowledge and communication, arguing that the game of giving and asking for reasons is central to our lives. And, in different ways, Haack, Putnam and Habermas address our cognitive relations to that world and our responsibility to get things right in relation to that world. It has been argued that these are very different commitments, and that pragmatics can in consequence be distinguished by which they take to be the ‘most fundamental’ (Talisso and Aikin, 2011: 4), However, I suggest that these elements hang together, and that none is more fundamental than any other”.²⁶⁰

Extraí-se, disso tudo, que o pragmatismo não tem um sentido único, tratando-se na verdade de um conjunto de ideias²⁶¹, cuja principal intenção é a de identificar os problemas e resolvê-los²⁶².

John Dewey escreveu em 1924, na *law review Cornell Law Quarterly*, que a lógica das consequências era mais importante para o direito que os precedentes²⁶³. E a partir daí o discurso pragmático ganhou fôlego no direito, diante da afirmação de que sua finalidade era a solucionar casos concretos, devendo-se refutá-lo como simples mecanismo teórico²⁶⁴. O jurista como mero ser erudito,

²⁶⁰ BACON, Michael. *Pragmatism: An introduction*. Cambridge, Polity Press, 2012, p. 199-200.

²⁶¹ POSNER, Richard A.. *Law...* cit., p. 24.

²⁶² KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos...* cit., p. 63.

²⁶³ POSNER, Richard A.. *Law...* cit., p. 43.

²⁶⁴ Posner, em seu *Problemas de Filosofia do Direito*, chegou a radicalizar no ponto, ao negar um ‘raciocínio jurídico’ – os problemas do direito são resolvidos mediante o uso da lógica simples e pelo raciocínio prático do cotidiano (POSNER, Richard. A., *Problemas...* cit., p. 613).

formulador de argumentações abstratas, deveria ceder lugar àquele com talento para “elaborar soluções concretas, viáveis e funcionais para determinado conflito”²⁶⁵, que pretende, em suma, buscar o progresso^{266 267}.

Em *The Common Law*, de 1891, já na primeira palestra – na Boston University – Holmes afirma:

“The life of law has not been logic: it has been experience”.²⁶⁸

E o Jurista acabou por levar à Suprema Corte dos Estados Unidos o método de decidir com base em elementos históricos, da ciência política e econômicos²⁶⁹, e sua abordagem foi seguida por pensadores como Roscoe Pound, Benjamim Cardozo, Karl Llewellyn e Lon Fuller²⁷⁰.

Menciona Rodrigo Kaufmann que, logo depois, o pragmatismo perde fôlego nos Estados Unidos com a chegada de filósofos positivistas fugidos do Nazismo²⁷¹. Contudo, volta a ser discutido na filosofia nas décadas de 1960 e 1970 (Richard Rorty). Ainda segundo Kaufmann, no direito o comportamento foi novamente absorvido a partir de 1980, em razão dos trabalhos de nomes como Thomas Grey, Daniel Farber, Philip Frickey, Susan Haack, Richard Posner, Mangabeira Unger²⁷².

Especificamente sobre Posner, este sustenta uma quebra entre o pragmatismo filosófico e o pragmatismo no direito. Afirma que os pragmatistas que adentraram na filosofia fizeram trabalhos muito distintos²⁷³, e sobre campos que pouco interessavam aos operadores do direito. Em suma, o pragmatismo filosófico, a despeito de criticar teorias, pouco tem a dizer relativamente à prática do direito –

²⁶⁵ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos...* cit., p. 89.

²⁶⁶ Idem. *Ibidem*.

²⁶⁷ Posner faz igual crítica, de forma contundente, ao ressaltar o fato de a prática jurídica ser “tão pouco original, pouco empírica, convencional, não mundana, esmagadoramente verbal e argumentativa, [...] estritamente focada nas questões doutrinárias” (POSNER, Richard. A., *Problemas...* cit., p. 626).

²⁶⁸ HOLMES Jr., Oliver Wendel. *The Common Law*. Versão iBooks/iPad, p. 3 de 558.

²⁶⁹ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos...* cit., p. 94.

²⁷⁰ Idem, p. 95.

²⁷¹ Idem. *Ibidem*.

²⁷² Idem, p. 96.

²⁷³ POSNER, Richard A.. *Law...* cit., p. 25.

como, por exemplo, sobre fatores que envolvem a administração da justiça²⁷⁴. Assim, diante das particularidades do direito, pragmatismo deve ser desenvolvido de forma independente do filosófico²⁷⁵.

Essas breves colocações permitem agora que se proceda à análise da teoria pragmática do direito desenvolvida por Posner em *Law, Pragmatism and Democracy*.

3.1. ALGUNS PRINCÍPIOS DA TEORIA PRAGMÁTICA DO DIREITO EM *LAW, PRAGMATISM AND DEMOCRACY*

Ao começar a descrever sua teoria, Posner logo menciona a frase célebre de Holmes: “a vida no direito não tem sido lógica, tem disso experiência”. O significado disso, para o autor, é o de que o direito, em suma, não é formalista, é empírico²⁷⁶. Posner assenta que Holmes teve grandes preocupações com as consequências. Mas que a utilização delas, como fundamento jurídico, por si só, não são suficientes. Ainda que não exista a pretensão de formular conceitos definidos, o pragmatismo legal demanda a formulação de critérios mais definidos, para afiançar a legitimidade do método²⁷⁷.

O Jurista elabora, então, uma estruturação com essa finalidade²⁷⁸, e enumera diversos alicerces (aos quais chama de princípios²⁷⁹). Dentre esses, os mais importantes são: o pragmatismo legal não é uma mera denominação sofisticada para um processo decisório *ad hoc*; o critério essencial para a decisão pragmática é o racionalismo – há a ênfase nas consequências, mas isso não significa que o mero consequencialismo oriente a melhor decisão; o pragmatismo é visionário, aceitando a vinculação ao passado se ela for uma necessidade, e não um dever ético; e o pragmatista baseia-se no empirismo e refuta a moral abstrata e a

²⁷⁴ Idem, p. 11.

²⁷⁵ O que já é defendido há muito tempo pelo autor: “pragmatic adjudication will have to be defended – pragmatically – on its own terms rather than as a corollary of philosophical pragmatism” (POSNER, Richard A.. *Pragmatic Adjudication*. HeinOnline -- 18 Cardozo L. Rev. 3 1996-1997).

²⁷⁶ POSNER, Richard A.. *Law... cit.*, p. 58.

²⁷⁷ Idem, p. 59

²⁷⁸ Idem, p. 59-60

²⁷⁹ Ao esclarecer que enumeraria “alguns princípios da adjudicação pragmática”, Posner deixou claro que seu rol não era taxativo (Idem, p. 59).

teoria política para guiar o *judicial decisionmaking*. E daí passa a analisar essas estruturas.

O fato de o pragmatismo não permitir posturas discricionárias (*ad hoc*) impõe ao juiz pragmatista refutar medidas aleatórias ou fortuitas no processo decisório. Ou seja, a fluidez do conceito de pragmatismo em nada se confunde com arbitrariedade. O juiz está sempre condicionado ao *rule of law*.

O respeito ao Estado Democrático de Direito não significa, evidentemente, uma conformação cega, uma renúncia à flexibilidade, à criatividade e à adaptação. Mas o juiz não pode inovar quando a solução existente, já assentada, for a melhor. Para isso o pragmatista deve analisar tanto as consequências do que significa manter o entendimento já sedimentado quanto as que ocorreriam caso o *status* anterior fosse alterado. E, nesse sentido, ele deve sempre observar o que significam os valores da continuidade, da coerência, generalidade, imparcialidade e a previsibilidade na administração dos direitos e deveres²⁸⁰.

A maioria das formulações do *rule of law* estão ligadas à separação das funções judiciais das legislativas e executivas, o que, relativamente ao Judiciário, envolve um aspecto institucional e procedimental: a independência dos juízes. O livre convencimento dos magistrados significa que a eles foi conferida a garantia de proferirem suas decisões de forma desamarrada de quaisquer interferências políticas. Sua decisão não tem de expressar, nem indicar, qualquer tipo de retribuição²⁸¹ (e Posner, confere, assim, sentido exato à expressão *autonomia funcional*, que não se confunde com liberdade de proferir decisões díspares e que produzam insegurança jurídica, como ocorre no Brasil).

²⁸⁰ POSNER, Richard A.. *Law...* cit., p. 60-61.

²⁸¹ *Idem*, p. 61.

É fato que a separação dos poderes não significa a cisão absoluta entre as funções legislativa e judiciária²⁸². Como já dito antes, é uma das acepções tradicionais do *common law* a de que o juiz faz o direito. Contudo, melhor seria dizer que o juiz encontra o direito²⁸³. O Judiciário não pode conceber normas sem que se observe a Constituição e as leis; sua tarefa é a de integrar o direito, em igualdade de importância com o Legislativo²⁸⁴ (“it shares lawmaking power with the legislative branch”²⁸⁵).

Um dos potenciais perigos de um *lawmaking* agressivo por parte do Judiciário é o aumento da insegurança jurídica. Se o juiz concebe que ele ‘cria’ o direito, a percepção de que ele pode alterar seus direcionamentos é ampliada. E

²⁸² O Ministro Eros Grau é incisivo no ponto. Em voto proferido no Plenário do STF, assinala que a técnica da separação de poderes que se concebe hoje no Brasil não tem identidade com a que foi conformada em sua gênese: “Montesquieu jamais propôs a separação dos poderes [...]. Montesquieu não sustenta a impenetrabilidade, um pelos outros, dos poderes que refere [...]. O que importa verificar, inicialmente, na construção de Montesquieu, é o fato de que não cogita de uma efetiva *separação* de poderes, mas sim de uma *distinção* entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio”. No voto há a referência, ainda, de que Montesquieu não se referiu ao Judiciário como um dos poderes do Estado na forma como o concebemos hoje; tratou na verdade sobre a função de julgar, que competia ao Executivo (ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 17.03.2006).

²⁸³ “John Henry Merrymann, um dos maiores comparatistas estadunidenses, admitindo que o constitucionalismo fez surgir uma nova fonte de direito no *civil law*, adverte que, na aceitação de que o juiz pode decidir sobre a invalidade de uma lei por estar em conflito com a Constituição, quebra-se o dogma da separação estrita entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário e, desta forma, abre-se oportunidade para se dizer que o juiz do *civil law* também cria o direito” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...* cit., p. 42). Marinoni, na mesma obra, explicou o que seria e ‘criação’ do direito no *common law*: “[q]uando se diz que o juiz do *common law* cria o direito, não se está pensando que a sua decisão tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo legislativo, isto é, da lei. A decisão não se equipara à lei pelo fato de ter força obrigatória para os demais juízes. Porém, seria possível argumentar que a decisão, por ter força obrigatória, constitui direito. O *common law* considera o precedente como fonte de direito. Note-se, contudo, que, quando um precedente interpreta lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos: há, evidentemente, direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo. Na verdade, também no caso em que havia apenas costume, existia direito preexistente, o direito costumeiro. A circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz cria o direito a partir da sua própria vontade. Nesta perspectiva, a força obrigatória do precedente, ou a admissão do precedente como fonte de direito, não significa que o judiciário tem poder para criar o direito” (Idem, p. 38-39).

²⁸⁴ Para Eros Roberto Grau, “os juízes, intérpretes autênticos, embora não criem, produzem o direito ao completar o trabalho do legislador” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo...* cit., p. 26).

²⁸⁵ POSNER, Richard A.. *Law...* cit., p. 61.

efetivamente essa tensão entre a imparcialidade e a previsibilidade não é desejada pelo *rule of law*²⁸⁶.

Assim, qualquer referência que vincule o método pragmático legal com aleatoriedade deve ser prontamente repelida. O Judiciário não pode valer-se, nunca, da arbitrariedade. E os juízes obrigam-se tanto aos textos da Constituição e dos estatutos (leis) como aos precedentes:

“The medley of systemic judicial virtues that I have been describing implies a respectful attitude by judges not only toward constitutional and statutory text but also toward precedents. In fact, it requires judges ordinarily to treat text and precedents as the most important materials of judicial decision, for they are the materials on which the community necessarily places its principal reliance in trying to figure out what the "law" is, that is, what the judges will do with a legal dispute if it arises”.²⁸⁷

Quanto ao racionalismo – o princípio essencial do método pragmatista –, também cabe a advertência de que este não pode ser confundido com autoritarismo. A decisão pragmática nunca poderá constituir um vetor de insegurança, e deve estar sempre orientada para a busca da preservação dos valores do estado democrático²⁸⁸.

À míngua de uma equação definida para o conceito de *reasonableness*, devem ser considerados todos os elementos (*all things*) que visem à preservação do *rule of law*. Por isso o agir com racionalidade é preferível ao mero olhar formal sobre as melhores consequências – a moderação dialoga com mais elementos que a simples busca dos melhores resultados²⁸⁹. Até porque a ideia de melhor consequência pode ser, para um juiz, diferente da de outro, considerados os interesses e as necessidades da comunidade²⁹⁰. Dessa forma, quanto mais circunstâncias puderem embasar fundamentação do ato, mais pragmática é a decisão.

²⁸⁶ POSNER, Richard A.. *Law... cit.*, p. 61-62.

²⁸⁷ *Idem*, p. 63.

²⁸⁸ Ao definir os elementos com os quais a razoabilidade deve dialogar, Posner revela preocupação semelhante à de Paulo Branco, para quem o juízo de ponderação não deve ser rejeitado; o que deve ocorrer é a premunicação do sistema contra a arbitrariedade (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Juízo... cit.*, p. 119).

²⁸⁹ POSNER, Richard A.. *Law... cit.*, p. 65.

²⁹⁰ *Idem*, p. 71.

Para realizar a escolha mais razoável, o juiz deve ponderar todos os prós e contras que puder compreender. Deverá buscar entender todas as consequências possíveis, tanto as específicas e referentes ao caso em concreto quanto as sistêmicas e gerais que a decisão possa abranger.

Para isso, o julgador nunca pode olvidar-se de que a interpretação judicial envolve dois passos. O primeiro é o de inferir o propósito da linguagem e o contexto da regra (ou, ainda, no caso do *common law*, do corpo de decisões que estabeleceram a norma). O segundo passo é decidir qual resultado no caso serve para esse propósito:

“There is no algorithm for striking the right balance between rule-of-law and case-specific consequences, continuity and creativity, long-term and short-term, systemic and particular, rule and standard. In fact, there isn't too much more to say to the would-be pragmatic judge than make the most reasonable decision you can, all things considered. (There is a little more to say; I am trying to say it.) "All things" include not only the decision's specific consequences, so far as they can be discerned, but also the standard legal materials and the desirability of preserving rule-of-law values”.²⁹¹

Por tudo isso, a postura racional deve preponderar sobre a postura meramente consequencialista. É certo que não há como distinguir o pragmatismo da análise das consequências. Contudo, a técnica de antever somente as consequências sistêmicas olvida-se do fato de que o juiz não tem como controlar todos os possíveis resultados da decisão²⁹², por se tratar de um exercício humanamente impossível.

A teoria pragmática do direito também é visionária. Para o formalismo, a legitimidade da decisão encontra-se na regra ou no princípio estabelecido anteriormente (na expressão de Posner, o formalista busca um *pedigree* para sua fundamentação), conferindo a isso poder sobre o presente. Para o pragmatista, contudo, as posturas e decisões pretéritas devem ser consideradas porque são valores sociais, e não por um aspecto tributário com o passado. Existe, sim, o compromisso com a continuidade, e o juiz deve ter pleno entendimento sobre o

²⁹¹ POSNER, Richard A.. *Law...* cit., p. 67.

²⁹² “Not all pragmatic adjudications demand a canvass of the full range of possible consequences of alternative outcomes. Uncertainty and interminability are pragmatic concerns, not pragmatic values” (Idem, p. 63).

significado que ela representa. Um precedente não pode ser ignorado. Mas a continuidade só terá sentido se ela for a melhor opção. E evidentemente uma das consequências a serem sopesadas com a ruptura é a de que não vai haver o desequilíbrio, a quebra da segurança jurídica.

Nesse contexto, o pragmatismo legal é historicista. Não no sentido de meramente admitir a história como autoridade, até porque o pragmatista é cético quanto aos métodos utilizados nos casos decididos, que podem ser inadequados para resolver problemas modernos. A história, assim, não pode representar uma verdade absoluta. Mas deve sempre que possível ser consultada, de forma crítica. A investigação histórica deve ser procedida com a finalidade de encontrar a melhor solução para o futuro²⁹³.

O pragmatismo do direito deve também dar preferência ao experimentalismo e refutar as abstrações. Isso não significa, contudo, que princípios como justiça, equidade, liberdade e autonomia possam ser sumariamente desconsiderados, pois eles refletem valores incorporados na sociedade. Mas a mera invocação à “justiça” ou à “liberdade” de forma genérica e descontextualizada não tem valor para o pragmatista. Até mesmo pelo fato desses conceitos estarem desamparados de um conteúdo fixo. Por isso, há de se entender de que forma tais princípios estão materializados no ordenamento. As simples abstrações nada têm a dizer. Nem princípios abstratamente considerados. Já os princípios que organizam investigações empíricas e particularizam os casos devem ser observados.

E, ao decidir casos de colisão entre princípios, a experimentação pode constituir-se em método vantajoso de solução de conflitos, ou diante de controvérsias em que falte expertise ao juiz. Um exemplo para a melhor compreensão é o caso da eutanásia, pela dificuldade de um consenso. Mais sensato do que valorar princípios como liberdade e dignidade *versus* santidade da vida humana, seria apurar os efeitos de onde ela é legal, como a Holanda²⁹⁴.

²⁹³ POSNER, Richard A.. *Law...* cit., p. 58.

²⁹⁴ *Idem*, p. 76.

O pragmatismo jurídico também não refuta todas teorias. Isso seria admitir o direito como autônomo e formalista. Ou rejeitar teorias empíricas²⁹⁵. E, efetivamente, teorias de várias ciências são essenciais para o pragmatista, o qual se socorre do conhecimento interdisciplinar para buscar a melhor resposta para o direito. A economia, a psicologia, a estatística e até a química devem ser consideradas na adjudicação pragmática. O pragmatista não tem objeção a teorias, ele rejeita uma teoria ruim, uma teoria inútil²⁹⁶.

A economia, por exemplo, tem papel central na análise legal pragmática. Questões relativas ao sindicalismo, cartéis, divórcio, discriminação, regulação da saúde e segurança, condenações, dentre diversas outras, são objeto de mapeamento das ciências econômicas, e os diversos resultados obtidos e as consequências analisadas são parâmetros centrais para o pragmatista. E, ainda que falte ao juiz as ferramentas precisas para que ele possa analisar questões interdisciplinares, deve ele buscar promover a eficiência, pelos meios legítimos que dispuser.

Exemplificativamente, no caso *Lochner v. New York*²⁹⁷ um argumento econômico foi empregado pelo Justice Holmes ao dissentir da maioria da Suprema Corte dos Estados Unidos: ele afirmou que limitar a jornada trabalhista impedia maiores ganhos a quem quisesse trabalhar mais e, conseqüentemente, a melhora de seu *status*. Ainda que hoje existam demonstrações de que essa postura é ineficiente para a economia, quando a decisão foi formalizada, em 1905, o argumento pragmatista de que não havia a demonstração da ineficiência da lei constituía fundamento legítimo para impedir a invalidação da lei trabalhista perante a Constituição. Nesse sentido, a assertiva de que a decisão em *Lochner* foi arbitrária deve ser analisada com cautela, porque à época a Suprema Corte não tinha maiores elementos para entender os resultados sistêmicos dessa limitação²⁹⁸.

E é nesse sentido de que o juiz pragmatista não deve proferir decisões dilatadas em casos nos quais as consequências ainda não podem ser bem

²⁹⁵ "Pragmatic reasoning is empiricist, and so theories that seek guide empirical inquiry are welcomed in pragmatic adjudication" (POSNER, Richard A.. *Law...* cit, p. 77).

²⁹⁶ Idem, p. 79-80.

²⁹⁷ 198 U.S. 45 (1905).

²⁹⁸ POSNER, Richard A.. *Law...* cit., p. 79.

analisadas. Se diante do julgador há apenas fatos adjacentes ao caso, e não elementos de uma futura controvérsia, a prudência deve impedir que sua decisão abranja situações que ainda não podem ser imaginadas. Ainda que ele tente imaginar essas consequências, a possibilidade de erro na projeção que imaginou existe e, dessa forma, as generalizações devem ser evitadas²⁹⁹.

O pragmatista deverá, ainda, ao julgar um caso com conteúdo interdisciplinar, imiscuir-se nele. Em controvérsias como as relativas a gastos na educação, educação religiosa na escola ou matrícula de filhos de imigrantes não naturalizados em escolas públicas, o operador do direito deve adquirir conhecimentos sobre religião, finanças públicas e educação. A mera repetição de slogans vazios como “o muro da separação entre estado e igreja” nada acrescenta ao debate. E aproxima o juiz da possibilidade de um julgamento arbitrário e baseado tão somente nas suas compreensões prévias. Estudar a matéria em lide é essencial para enriquecer o debate com dados sociais, econômicos e outros que permitam que as escolhas sejam avaliadas pelo ângulo das melhores consequências³⁰⁰.

E, finalmente, um outro importante princípio cujo conteúdo cabe detalhar é o de que pragmatismo legal não tem compromissos com preferências políticas. Suas preocupações são com os avanços na Economia, na teoria dos jogos, na ciência política e em outras ciências sociais³⁰¹. A decisão pragmatista não tem inerência política de qualquer forma, ela é independente e sua adjudicação tem por finalidade a conformação do *rule of law*.

Após essa descrição principiológica, o Jurista, contudo, passa a realizar críticas à aplicação do pragmatismo no direito, e as recapitula de forma sistematizada.

Farei referência a algumas delas: a adjudicação pragmática não tem formalidades e, dessa forma, poderia estimular a arbitrariedade. Ela pode até ratificar ilegalidades ao aceitar que casos iguais não sejam tratados como casos

²⁹⁹ POSNER, Richard A.. *Law...* cit., 80.

³⁰⁰ Idem, p. 79.

³⁰¹ Idem, p. 84.

iguais (diferentes juízes calculariam as consequências diferentemente, dependendo da sua experiência, temperamento, ideologia e treinamento³⁰²).

Sustenta-se, ainda, que juízes, simulando uma postura pragmática, podem superar obstáculos legais e formais com a finalidade de fazer prevalecer suas ideologias – às vezes prejudiciais –, já que o pragmatismo não tem raízes em conceitos de justiça nem do direito natural³⁰³

Fala-se, ainda, que o pragmatismo pode induzir à preguiça intelectual em estudantes, professores, advogados e juízes, que passam a não mais ver necessidade no aprendizado de conceitos relativos ao *rule of law* e do raciocínio jurídico. Como num salto, haveria a procura direta em se encontrarem as consequências, sem que metodologia própria do direito fosse antes observada³⁰⁴.

Posner reconhece haver algum mérito nas críticas – o que, segundo ele, trouxe-lhe satisfação. É fato que na descrição da sua teoria pragmática do direito ele rebate todos esses argumentos. Mas ao referir-se a ‘algum mérito’, o Jurista dá espaço para que se reconheça que o pragmatismo não é sempre, em qualquer lugar, a melhor abordagem que se pode conferir ao direito. Por vezes, a melhor estratégia pragmática é ser formalista; por vezes o formalismo é melhor que o pragmatismo.

E, ainda, não é sempre que mentalidade pragmática deve ser objeto de dedicação do profissional do direito³⁰⁵. Há áreas jurídicas em que a interpretação mostra-se menos conflituosa, necessita de respostas mais rápidas ou não envolve temas de maior complexidade. E nelas, buscar e prestar uma jurisdição mais simples, que prescindia de análises mais elaboradas é a melhor resposta.

De qualquer forma, numa nação em que a diversidade de pensamentos políticos é grande, ou onde é totalmente difuso o conceito sobre o que é moral, não há outra alternativa senão a adoção do pragmatismo. A postura formalista não

³⁰² POSNER, Richard A.. *Law...* cit. 93-94.

³⁰³ Idem, 94.

³⁰⁴ Idem. Ibidem.

³⁰⁵ Idem. Ibidem.

consegue responder demandas de uma sociedade heterogênea, onde não há unidade sobre princípios morais e dogmas políticos³⁰⁶.

Ao finalizar o desenvolvimento de sua teoria pragmática do Direito em *Law, Pragmatism and Democracy*, Posner (re)afirma que o pragmatismo não permite a arbitrariedade. O juiz formalista pode até imaginar que a adjudicação pragmática é menos restringida por princípios e teorias. Contudo, as limitações materiais, psicológicas e institucionais do juiz pragmatista impõem outras barreiras, e ele passa a se ver com os mesmos limites de quaisquer outros juízes. A fronteira do juiz pragmatista, dessa forma, é indireta³⁰⁷.

Vale por fim referir que em *Law, Pragmatism and Democracy* Posner detalhou os alguns princípios de sua teoria pragmática do Direito. Mas é mister reproduzir, aqui, de que forma o Jurista definiu pragmatismo em *Problemas de Filosofia do Direito*, por sua precisão:

“No sentido que considero apropriado, o pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do "caráter local" do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da "verdade", da conseqüente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos. Essas disposições, que são mais típicas dos cientistas que dos advogados (e, num importante sentido, o pragmatismo é a ética da investigação científica), não têm valência política.

[...].

[...] o direito precisa de mais espírito científico do que tem - o espírito de investigação, desafio, falibilidade, flexibilidade, respeito aos fatos e aceitação das mudanças”.³⁰⁸

3.2. CONSTATAÇÕES SOBRE A REALIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO BRASIL

Reporto-me novamente à celebre frase de Holmes: “a vida no direito não tem sido lógica, tem disso experiência”. E também para rememorar o esclarecimento que Posner deu a ela: o direito não é formalista, é empírico.

³⁰⁶ POSNER, Richard A.. *Law...* cit., 94.

³⁰⁷ idem, 95.

³⁰⁸ POSNER, Richard. A.. *Problemas...* cit., p. 621-622.

O Dicionário Aurélio anota que uma das acepções do vocábulo empírico é a de que se trata de algo derivado da “observação da realidade”. Para Posner, portanto, a experimentação é fundamental para que se possa alcançar o conteúdo do direito.

Eros Roberto Grau assinala que a realidade molda a norma depois de posta, competindo ao Judiciário identificar o conteúdo do direito após o cotejo com esses elementos concretos. Tudo sem que isso signifique qualquer ofensa à divisão com harmonia (e não separação) dos poderes:

“[O]s arquétipos teóricos que constituem base e ponto de partida do raciocínio dos juristas já não são mais adequados à compreensão – que dirá à explicação – da realidade. A chamada *separação dos poderes* é assumida como dogma. Quem a conteste é tido como herege. Especialmente os administrativistas e os constitucionalistas de velha cepa, que não se dão conta de que Montesquieu jamais cogitara de uma *separação* de poderes, de que Montesquieu propõe a *divisão com harmonia* (autêntica *interdependência* entre eles), nada mais”.³⁰⁹

Afirma o Professor Eros que texto e norma não se sobrepõem. Dessa forma, para que o direito seja corretamente declarado, a hermenêutica jurídica é mais relevante que a técnica legislativa e a redação dos textos³¹⁰. E explica a tarefa do intérprete de produzir (e não criar) a norma:

“O intérprete não é um criador *ex nihilo*. Produz a norma não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no de reproduzi-la. O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) parcialmente preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do *enunciado normativo*. Ela se encontra apenas parcialmente nele involucrada, porque a realidade também a determina.

Insisto neste ponto: a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (*mundo do dever-ser*), mas também a partir de elementos da realidade (*mundo do ser*). Interpreta-se também o caso, necessariamente, além dos textos e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados.

Vale dizer: a *norma* encontra-se (parcialmente) *em estado de potência*, involucrada no *enunciado* (*texto* ou *disposição*). O intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da *norma* de seu invólucro, no sentido de fazê-la brotar do texto, do *enunciado* – é que afirmo que o intérprete *produz*

³⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo...* cit., p. 43.

³¹⁰ Idem. *Ibidem*.

a norma. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação [Gadamer 1991:381] atualizando-o, contudo”.³¹¹

Ele é categórico, contudo, em afirmar que a produção do direito nunca pode transformar-se em atividade discricionária. A atividade do intérprete é disciplinada. A decisão a ser proferida não é aquela que o juiz *pode* tomar, é aquela que ele *deve* tomar. Isso significa sempre encontrar o sentido da regra que não seja fator de produção de insegurança³¹², pois sem a calculabilidade e a previsibilidade – elementos essenciais do direito moderno³¹³ –, as relações sociais não são corretamente reguladas³¹⁴.

A propósito, no Plenário do Supremo, Eros Grau destacou que

“[o] intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida”.³¹⁵

O Ministro conclui, assim, que é a realidade que dá conteúdo à norma, e não o contrário. É o que ele chama de “força normativa dos fatos”³¹⁶.

Efetivamente, a prática no Supremo revela que as decisões, ali, não conseguem distância do elemento realidade.

Nessa perspectiva, vale ressaltar que o próprio Ministro Ricardo Lewandowski – não obstante sua posição formalista ao inaugurar divergência no julgamento da Rcl 4.335 –, já afastou expressamente texto literal de regra

³¹¹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo...* cit., p. 44-45.

³¹² Idem, p. 16.

³¹³ Idem, p. 14.

³¹⁴ Idem, p. 16.

³¹⁵ Ementa da ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 05.08.2010.

³¹⁶ Ementa da ADI 3.689/PA, Rel. Min. Eros Grau, DJ 10.05.2007.

constitucional para conferir-lhe sentido oposto ao que o Constituinte Originário deliberadamente pretendeu³¹⁷.

No julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF (ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto), o Ministro Lewandowski assentou expressamente que os membros da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 “optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

A deliberação da Constituinte, no ponto, não deixa dúvidas:

“O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: – Finalmente a emenda do Constituinte Roberto Augusto. É o Artigo [226], § 3º. Este parágrafo prevê:

“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no § 3º dois artigos: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Ex.^a que me permitam aprovar pelo menos uma emenda. [sic]

[...]

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa) Aprovada. (Palmas)”³¹⁸.

Frise-se: na discussão foi enunciado que qualquer outra “malévola interpretação” no sentido permitir a união entre pessoas do mesmo sexo deveria ser refutada. Entretanto, o Ministro Lewandowski, mesmo diante do expresso intuito do Poder Constituinte Originário, reconheceu “a união homoafetiva como entidade

³¹⁷ A propósito, vide nota n.º 21.

³¹⁸ Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”), p. 209. Disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>, verificado em julho de 2014.

familiar”, para aplicar a “a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual”³¹⁹.

Esse caso mostra-se muito emblemático por revelar que uma norma instituída pelo Poder Constituinte Originário, dissociada da realidade, teve o seu sentido alterado. A necessidade concreta de que fossem definidas situações (jurídicas) decorrentes de relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo impôs ao STF criar uma regulamentação (cujo paradigma foi a união civil entre homem e mulher). Independentemente de chamar a isso de mutação constitucional, ou não, o fato é que o Supremo regulamentou a situação não prevista no texto constitucional, à margem da intenção do Constituinte Originário.

Em outros julgamentos, ainda que sem conferir significado diverso ao texto constitucional, a Corte proferiu decisões em que os efeitos da norma foram limitados ao menos temporalmente, para que a deliberação pudesse adequar-se à realidade. No RE 135.328/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, por exemplo, permitiu-se que o Ministério Público de São Paulo continuasse como legitimado para o múnus da assistência judiciária até que a Defensoria Pública no referido estado fosse criada. E a isso o Relator chamou, na ementa, de “inconstitucionalidade progressiva”³²⁰.

No Julgamento da ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, o Supremo reconheceu que a criação do município de Luís Eduardo Magalhães à míngua da edição de lei complementar ofendeu procedimento previsto na Constituição. Contudo, diante da existência real do Município, a solução que a Corte pode dar foi a de conferir prazo para que o Congresso editasse a lei faltante, conforme o último ponto da ementa: “[a]ção direta julgada procedente para declarar a

³¹⁹ Não obstante, argumentou no seu voto que não estava a contrariar a intenção do Constituinte originário, ou de que a hipótese não era de mutação constitucional, mas sim de “integração analógica” (acórdão publicado no DJe 13.10.2011).

³²⁰ “[...] INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. [...]. (RE 135.328/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20.04.2001).

inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia”³²¹.

Vale lembrar, ainda, que os dados essenciais para fundamentar a aplicação das técnicas de modulação de efeitos nas decisões da Corte são aqueles contidos na concretude dos fatos. E essa avaliação o Supremo faz com rotineira frequência.

Dessa feita, assentado o fato de que não pode a Corte afastar-se das circunstâncias reais – e que, efetivamente, ele não se afasta –, elementos concretos relativos à prestação jurisdicional brasileira também devem ser observados para que se alcance o real significado do art. 52, inciso X, da Constituição.

Não pode o STF olvidar-se, por exemplo, de que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já conferiu efeitos vinculantes a declaração de inconstitucionalidade do Plenário da Suprema Corte em controle difuso, como se explicitará a seguir.

Na arguição de inconstitucionalidade no HC 120.353/SP, Rel. Min. Og Fernandes³²², a Corte Especial do STJ firmou, em 04.11.2009, a constitucionalidade da regra da Lei n.º 11.343/06 que impedia a conversão da pena restritiva de liberdade em sanções restritivas de direitos para traficantes de drogas.

Conforme a doutrina nacional tem admitido, o incidente de inconstitucionalidade decidido pelo órgão especial dos Tribunais vincula formalmente a respectiva Corte, com base no artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil³²³. José Levi Mello do Amaral Júnior chega a assentar que essa decisão torna-se o *leading case* no âmbito do Tribunal em que proferida³²⁴.

Não obstante, em nítida observância à necessidade de conferir unidade ao sistema jurídico, o STJ deu prevalência à declaração de inconstitucionalidade

³²¹ ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ 03.08.2007.

³²² O redator para o acórdão foi o Ministro Ari Pargendler (DJe 18.12.2009).

³²³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 9.ª ed., vol. 3. Salvador: Editora Podivm, 2011, p. 577.

³²⁴ AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 2002, p. 39.

proferida pelo Supremo em controle difuso em detrimento do mecanismo legal que o vinculava objetivamente ao precedente da sua Corte Especial.

Explico: o STF declarou a inconstitucionalidade da regra pela via difusa, no HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto³²⁵. Não se descarta que esse julgamento, ocorrido em 01/09/2010, ensejou a promulgação da Resolução do Senado Federal n.º 05, em 15 de fevereiro de 2012³²⁶. Contudo, em postura pragmática e racional, o STJ, imediatamente após a declaração de inconstitucionalidade, não se ateve às formalidades que o vinculava ao precedente de seu órgão especial e passou a orientar-se de acordo com a proclamação do Plenário da Suprema Corte, antes mesmo da edição da resolução suspensiva do Senado³²⁷.

Agiu o Superior Tribunal de Justiça, assim, de acordo com o que sustenta Teori Albino Zavascki:

“O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é. Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância frente ao pronunciamento da Corte Suprema. Contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, pragmaticamente considerado, que os de violar a Constituição. A existência de pronunciamento do Supremo sobre matéria constitucional acarreta, no âmbito interno dos demais tribunais, a dispensabilidade da instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC, art. 481, § único), de modo que os órgãos fracionários ficam, desde 1998, submetidos, em suas decisões, à orientação traçada pelo STF. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso”.³²⁸

Essa posição do STJ, revela, a propósito, o que já mencionei sobre na introdução: a tendência de se conferir efeitos vinculantes a decisões alheias ao controle abstrato de constitucionalidade, independentemente de manifestação do

³²⁵ DJe 15.12.2010.

³²⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm, verificado em julho de 2014.

³²⁷ Exemplificativamente, HC 167.651/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 09.03.2011 e HC 200.812/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 08.06.2011.

³²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino, *Ação Rescisória...* cit., p. 164-165.

Senado Federal no sentido de estender a elas efeitos gerais, já é uma realidade, produz efeitos e vem se operando à margem de disposições normativas expressas.

Contudo, não se pode dizer que essa preocupação do Superior Tribunal de Justiça é compartilhada por todos demais órgãos do Judiciário, de uma forma generalizada.

Em parecer oferecido na PEC n.º 29/2000, que originou a Emenda Constitucional n.º 45/2004, o relator, Senador Bernardo Cabral, afirma textualmente que a falta de aderência aos precedentes enseja um grave problema ou claro o problema que a falta de unidade do direito no Brasil acarreta – a multiplicação descontrolada de processos:

“O modelo brasileiro, ressentido-se, há muito, de um instrumento que imponha a adoção do direito constitucional e do direito federal pelos juízes e tribunais de primeiro e segundo grau. À sua falta, tem-se observado a massacrante multiplicação de ações idênticas, sobre matéria já decidida inúmeras vezes pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça”.³²⁹

Essa postura da não adoção das interpretações das Cortes de hierarquia mais alta revela casos extremos, em que juízes expressamente negam-se a julgar de acordo com a jurisprudência dominante. Essa situação foi revelada em julgado do Superior Tribunal de Justiça, cujo seguinte trecho da ementa vale reproduzir:

“[...] 1. Na hipótese, o Magistrado sentenciante recusou-se expressamente a proferir decisão conforme o enunciado da Súmula n.º 440 desta Corte, segundo a qual “[f]ixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”. Ofensa, ainda às Sumulas n.º 718 e n.º 719, do Supremo Tribunal Federal. Constrangimento ilegal configurado.

2. A garantia de independência funcional não se confunde com a possibilidade de Magistrados proferirem decisões à margem ou ao arrepio da lei. Especificamente quanto à controvérsia em hipótese, nada justifica a postura do Juiz sentenciante, mormente quando já sumulou o Pretório Excelso que “[a] opinião do julgador sobre a

³²⁹ Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal n.º 538/2002 na Proposta de Emenda Constitucional n.º 29/2000, p. 70. (<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=37591&tp=1>, verificado em julho de 2014).

gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (Súmula n.º 718).

3. É injustificada a recalcitrância de se aplicar entendimento sedimentado em Súmulas do Supremo Tribunal Federal ou Tribunais Superiores, sejam elas vinculantes ou não. Os diversos órgãos do Poder Judiciário devem proferir decisões em conformidade com a Jurisprudência firmada pelas Cortes de hierarquia superposta, em razão da necessidade de se primar pela segurança jurídica e pela celeridade na prestação jurisdicional. Doutrina.

4. Inclusive a Lei n.º 11.276/2006, ao alterar o 1.º, do art. 518, do Código de Processo Civil, estabeleceu que "[o] juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal". Vê-se que o Legislador Pátrio, atento à essa necessidade de racionalização do sistema jurídico Pátrio, conferiu às súmulas editadas pelo Pretório Excelso e por esta Corte Superior natureza dispositiva, que impede até mesmo o recebimento de recurso. Portanto, tais súmulas não têm mero papel indicativo.

5. Mais: o acolhimento de entendimentos pacificados ou sumulados pelo Supremo Tribunal Federal ou por esta Corte - formalmente vinculantes, ou não - está longe de significar um "engessamento" dos Magistrados de instâncias inferiores. O desrespeito, porém, em nada contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Sequer provoca a rediscussão da controvérsia da maneira devida, significando, tão somente, indesejável insegurança jurídica, e o abarrotamento desnecessário dos órgãos jurisdicionais de superposição. Em verdade, ao assim agirem, as jurisdições anteriores desprestigiam o papel desta Corte de unificador da Jurisprudência dos Tribunais Pátrios, e contribuem para o aumento da sobrecarga de processos que já enfrenta este Sodalício, além de ensejar grande descrédito à atividade jurisdicional, como um todo.

6. Ordem de *habeas corpus* concedida, para determinar como regime prisional inicial o semiaberto, com aplicação das respectivas regras³³⁰.

A desorganização e a aleatoriedade do sistema jurídico brasileiro chega ao ponto da insensatez. Nessa perspectiva, o *site* Consultor Jurídico, em matéria intitulada "Decisões opostas – TJSP ainda tem decisões divergentes sobre pílulas de farinha", de 25 de março de 2008, noticiou emblemática situação. Num dos processos ajuizados por mulheres que engravidaram depois de ingerirem placebo (farinha) no lugar da pílula anticoncepcional (caso Schering), a 9.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2008, reformou sentença em que o laboratório foi condenado a pagar indenização até que a criança completasse 21 anos, sob o entendimento de que não havia nexo entre "as informações levadas pela consumidora à justiça" e a "conduta da empresa

³³⁰ HC 254.034/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 24/10/2012.

farmacêutica de deixar chegar ao mercado o anticoncepcional Microvilar”. Um ano antes, o mesmo órgão fracionário julgou de forma contrária, sob o entendimento de que o laboratório “não tomou as medidas cabíveis para que os placebos fossem a salvo de outras destinações que não a incineração” e condenou a Schering a pagar danos morais e materiais. Numa terceira decisão, a 9.^a Câmara determinou a devolução da indenização que a empresa pagou adiantada a uma cliente. Já a 3.^a Câmara do mesmo Tribunal reformou sentença sob o fundamento de que “o nascimento de uma criança é fonte de alegria e não de sofrimento exigido para a lesão moral indenizável”. Contudo, o colegiado entendeu que a condenação por danos materiais era devida³³¹.

Outro caso notório: o do ingresso no ensino superior antes da conclusão do ensino médio. Segundo o *site* Consultor Jurídico, em matéria de 16 de abril de 2014, a 1.^a Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás impediu o ingresso em faculdade de candidata que não havia concluído o ensino médio³³². Anos antes, o Tribunal de Justiça de Goiás permitiu isso a candidata que igualmente não tinha concluído o ensino médio (vide a matéria “Exigência derrubada – Aluna consegue se matricular em faculdade de GO”, de 15 de abril de 2009³³³). Ainda: “Aluno não pode iniciar universidade sem concluir ensino médio”, de 30 de novembro de 2013³³⁴ e, em sentido contrário, “Universidade terá aluno que não concluiu ensino médio”, de 5 de abril de 2013³³⁵. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), diversos entendimentos opostos sobre a controvérsia também já foram manifestados. Hoje, o predominante é o de que não se admite a matrícula no ensino superior sem a finalização do médio³³⁶. Porém, casos específicos são verificados à luz da teoria do

³³¹ Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-mar-25/tj-sp_decisoes_divergentes_pilulas_farinha, verificado em julho de 2014.

³³² Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-abr-16/ingresso-faculdade-depende-cumprimento-requisitos-edital>, verificado em julho de 2014.

³³³ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-15/aluna-nao-concluiu-ensino-medio-matricular-faculdade>, verificado em julho de 2014.

³³⁴ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-nov-30/estudante-nao-cursar-ensino-medio-superior-simultaneamente>, verificado em julho de 2014.

³³⁵ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-abr-05/aprovado-enem-cursar-universi.ade-terminar-ensino-medio>, verificado em julho de 2014.

³³⁶ Vide notícia publicada no *site* do Superior Tribunal de Justiça em 23 de setembro de 2013 (http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111403, verificado em julho de 2014).

fato consumado³³⁷. E mais: a reportagem “Estudante pode entrar em universidade sem concluir ensino médio”, também do Conjur, revela que conclusão adversa já restou consagrada antes no STJ³³⁸.

Isso tudo adquire contornos ainda mais incompreensíveis quando se lembra de Victor Nunes Leal, para quem a “anarquia jurisprudencial [...] é descalabro e tormento”³³⁹ e assentou, há aproximadamente cinquenta anos, o que se segue:

“razões práticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade. Os pleitos iguais, dentro do mesmo contexto social e histórico, não devem, ter soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo seu natural anseio de segurança”.³⁴⁰

É em razão de posturas como as acima referidas que no julgamento dos agravos regimentais nas reclamações 11.408/MG e 11.427/MG, ambas de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes chegou a afirmar o que se segue, conforme noticiou o *site* Consultor Jurídico:

“O ministro Gilmar Mendes, no entanto, acredita que as decisões das instâncias inferiores não podem ficar sem controle. ‘Não podemos fingir que as teratologias são bruxas, que não existem. [...] Não podemos perder de vista que as situações ocorrem e são realmente graves. A necessidade não conhece princípios’.”³⁴¹

Mas não são somente comportamentos de Cortes de hierarquia inferior que devem ser considerados na conclusão sobre a mutação. A realidade de como vem sendo prestada a jurisdição no próprio STF é também fator fundamental para isso.

Nessa perspectiva, relativamente ao recurso extraordinário, a Corte é categórica no sentido de não admitir seu processamento (ou do agravo que lhe

³³⁷ Exemplificativamente: RMS 43.656/MS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 07/03/2014.

³³⁸ Matéria de 10 de agosto de 2004, disponível em http://www.conjur.com.br/2004-ago-10/stj_assegura_estudante_ingresso_universidade, verificado em julho de 2014.

³³⁹ LEAL, Victor Nunes. *Atualidade do Supremo Tribunal Federal*. Revista Forense, v. 61, n.º 208, p. 15-18, out./dez., 1964.

³⁴⁰ Idem.

³⁴¹ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-31/supremo-discute-cabe-reclamacao-aplicacao-repercussao-geral>, verificado em julho de 2014.

pretende dar seguimento) se a repercussão geral não está demonstrada. Exemplificativamente, a Corte já consignou que não ultrapassam os limites subjetivos da causa temas como o “cancelamento do desconto em folha de pagamento, em face da ausência de interesse do recorrente no seu prosseguimento”³⁴² e a reparação por dano moral e valor da indenização³⁴³. Já deixou de analisar, sob essa mesma justificativa, inclusive questões referentes à interpretação literal de artigos da Constituição, como em controvérsia sobre desconto das remunerações de servidores estaduais com base no subsídio do governador, e não o dos desembargadores³⁴⁴ (art. 37, inciso XI, da Carta). Por vezes, essa conclusão ocorre até em feitos em que se discute a validade abstrata de normas, como a da lei local que “obriga a instalação de semáforo com dispositivo de acionamento pelos próprios pedestres”³⁴⁵.

Ao exigir da parte que esclareça que sua causa tem repercussão geral³⁴⁶ (atenção tanto para os significados desassociados dos vocábulos ‘repercussão’ e ‘geral’, quanto para o da locução) tornou-se inconcebível supor que o efeito da decisão – cuja gênese foi a demonstração de que não dirá respeito somente aos integrantes da relação processual – terá eficácia somente junto aos integrantes da relação processual. É consectário lógico do § 3.º ao art. 102 da Carta

³⁴² RE 584.536-RG/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 19.02.2009.

³⁴³ ARE 739.382-RG/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31.05.2013.

³⁴⁴ RE 576.336-RG/RO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 05.06.2008.

³⁴⁵ RE 565.506-RG/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 31.01.2008.

³⁴⁶ Conforme esclarece o *site* oficial do Supremo Tribunal Federal na *internet*, uma das finalidades da repercussão geral a de “[d]elimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa” (disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>, verificado em julho de 2014).

de 1988³⁴⁷ o de que não há coerência em exigir a repercussão geral num feito cuja eficácia seja limitada às partes.³⁴⁸

A Constituição, de um lado, instituiu um grave ônus aos jurisdicionados, que dificulta sobremaneira o acesso à via extraordinária. Por outro, constituiu um bônus, ao criar um método que confere unidade ao direito. Não pode ser outra a natureza do recurso extraordinário renascido da Emenda 45 senão a de que ele tem efeitos *erga omnes*.

Nessa perspectiva, é possível avançar até mais e inferir que não seria absurda a interpretação de que a Emenda 45 revogou tacitamente a resolução suspensiva relativamente ao recurso extraordinário, por ser, repito, plenamente paradoxal a exigência que se faz ao recorrente de demonstrar que as consequências da sua causa não se restringem a ele e que, a despeito disso, os efeitos da decisão limitar-se-ão aos litigantes.

Diante de tudo que se abordou, tem-se, efetivamente, que toda essa realidade e intenção do Constituinte devem ser efetivamente entendidas pelo Supremo no momento em que for definir o atual significado da resolução suspensiva.

Uma observação que ainda deve ser feita é a de que em nenhum momento olvidou-se de que a proposta de mutação do art. 52, inciso X, da Constituição alcança somente as declarações de inconstitucionalidade do Plenário da Suprema Corte. Ela não institui o *stare decisis*.

De qualquer forma, a vinculação às manifestações sobre constitucionalidade do Plenário do STF, além de prestigiar o papel da Corte de

³⁴⁷ “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

³⁴⁸ “Como a questão constitucional com repercussão geral necessariamente tem relevante importância à sociedade e ao Estado, a decisão que a enfrenta, por mera consequência, assume outro *status* quando comparada às decisões que o Supremo Tribunal Federal antigamente proferia. Este novo *status* da decisão da Suprema Corte contém, naturalmente, a ideia de precedente constitucional obrigatório ou vinculante. Decisão de questão constitucional dotada de repercussão geral com efeitos não vinculantes constitui contradição em termos” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...* cit., p. 472).

guardiã da Constituição e de qualquer maneira já significar mais unidade, deve ser vista como um grande passo em direção à racionalização do sistema jurídico. E que pode, efetivamente, ajudar a criar uma cultura de maior observância dos precedentes. Nesse sentido, o sucesso da proposta de mutação do art. 52, inciso X, é de especial importância.

No mais, considerado tudo o que já havia sido registrado anteriormente nesta dissertação, aliado aos fatos da realidade descritos neste tópico, parece já não restarem dúvidas de que o art. 52, inciso X, da Constituição da República tem conteúdo diverso do que o texto da Carta expressamente assinala. E o modelo pragmático concebido por Posner mostra-se primoroso para o alcance desse entendimento, como será esclarecido a seguir.

3.3. A RESOLUÇÃO DO SENADO SUSPENSIVA DE NORMA INCONSTITUCIONAL E A TEORIA PRAGMÁTICA DO DIREITO EM *LAW, PRAGMATISM AND DEMOCRACY*

A essa altura da pesquisa já não há mais como dissociarem-se as conclusões iniciais com os princípios que Posner desenvolveu para esclarecer o seu método de adjudicação pragmatista em *Law, Pragmatism and Democracy*. Segundo Posner, o método pragmático deve observar o máximo de circunstâncias para poder legitimar sua decisão.

E, no caso deste estudo, a ampla abordagem que se deu aos fatos adjacentes à proposta de mutação constitucional, desde o que ela significou quando foi concebida, ao que ela representa hoje, efetivamente cuida-se de uma postura pragmática.

Vale referir que, relativamente aos dados históricos, assentou-se que a resolução suspensiva pode significar um indevido avanço do Senado sobre a autonomia do Supremo, inserido na Constituição de 1934 em situação questionável. Sustentou-se, também, que o Supremo, em 1977, parece ter abandonado sua postura de *self-restraint* ao excluir o Senado do controle difuso sem apoio textual da Emenda Constitucional n.º 01/69. E, no segundo capítulo, comparou-se o *law reporting* na Inglaterra (marco para o estabelecimento do *stare decisis*) com nossos repositórios e informativos de jurisprudência, além de ter-se assentado que o

método de fundar a decisão em precedente – típico do *common law* –, é uma das principais maneiras com que hoje os operadores do direito no Brasil arrazoam suas peças jurídicas.

Não há dúvidas de que, no ponto, observou-se a característica historicista do pragmatismo. Aqui efetivamente consultou-se a história de forma crítica, e a conclusão é de que esses elementos enfraquecem a resolução suspensiva.

Quando se tratou da situação caótica da prestação jurisdicional brasileira, especialmente o fato de que suas decisões díspares impedem que se crie um ambiente de previsibilidade e de segurança jurídica, e também se afirmou a fundamental importância da introdução de mecanismos que confirmam unidade ao direito, a ligação é direta com o fato de que o pragmatismo não permite posturas *ad hoc* e impõe ao juiz sempre observar o *rule of law*.

Ainda, quando se afirmou que a expansão dos efeitos da via difusa é consentânea com a ideia de força dos precedentes e que a instituição da repercussão geral pela Emenda Constitucional 45/2003 significou importante avanço na valorização da via difusa e na consolidação do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional, há nexos com a característica visionária do pragmatista.

E quando se afirmou que o Supremo, diante da realidade do caso concreto, por vezes limita a eficácia da Constituição, e que chegou até a proferir decisão que não confere à Carta o sentido literal nela expresso, mostrou-se que o Tribunal por diversas vezes observou o caráter racional, segundo Posner, por terem sido observadas circunstâncias muito amplas e fatos da realidade diversos para a chegada dessa conclusão.

Em suma, o que se tem, de fato, é que todas as reflexões da pesquisa são, em suma as mesmas que um juiz pragmatista faria.

Dáí, ainda sobre posturas pragmáticas, as últimas reflexões da pesquisa.

A proposta de mutação, ainda que não signifique a introdução do *stare decisis*, deve ter sua validade reforçada diante da sua eficiência para reduzir a multiplicação desenfreada de causas desorientadas da jurisprudência no caso de declarações de inconstitucionalidade pela via difusa.

Lembre-se que nesse âmbito a palavra do STF tem plena Supremacia. Nesse sentido, a precisa assertiva de Luiz Guilherme Marinoni:

“O controle difuso exige que os precedentes da Corte que dá a última palavra acerca da questão constitucional sejam obrigatórios. Não se trata de mera opção técnica, ainda que ótima à eficiência da distribuição da justiça, mas de algo que, quando ausente, impede o próprio funcionamento do controle difuso. De modo que admitir, no atual estágio do direito brasileiro, controle difuso sem vinculação dos órgãos judiciários aos precedentes constitucionais constitui equívoco imperdoável.

[...].

Tratando-se de interpretação da Constituição, a eficácia da decisão deve transcender ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados por todos os tribunais e juízos nos casos futuros. A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita a força normativa da Constituição. A força da Constituição está ligada à estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.”³⁴⁹

Tem-se, ainda, que a proposta de mutação, ao conferir eficácia à autoridade da decisão da Corte no controle de constitucionalidade realizado também pela via difusa, preenche conteúdo do pragmatismo *posneriano* no sentido de que o julgador deve sempre observar o que significam os valores da continuidade, da coerência, generalidade, imparcialidade e a previsibilidade (em suma, segurança jurídica).

Dessa forma, o que se conclui de tudo o que já se referiu é que a proposta de mutação, na verdade, não é ativista. Quem incorre em indevida discricionariedade e ilegítimo ativismo é o julgador que não se atém ao pronunciamento do Supremo sobre constitucionalidade.

Mais: é uma postura nitidamente contrária ao pragmatismo impor ao jurisdicionado que sua causa seja resolvida pelas instâncias superpostas – que é a natural consequência da recalcitrância em se adotar posicionamentos delas. E, ao

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...* cit., p. 458-459.

assim agir, o juiz vulnera diretamente o princípio constitucional da duração razoável do processo. Nesse, sentido, é inconcebível um sistema que permite a coexistência de decisões distintas para uma mesma controvérsia jurídica e que cada vez mais se impede o acesso às instâncias mais altas.

A possibilidade de que se profiram decisões contrárias à jurisprudência consolidada deve ser refutada. Esse dogma da garantia de autonomia funcional deve urgentemente ser revisto. Independência funcional não se confunde com arbitrariedade.

Ainda sobre a independência funcional dos juízes, Posner parece conferir o conteúdo da expressão, que em nada se refere com o sentido que se tem dado a ela no Brasil (em que a conotação psicológica da expressão independência prevaleceu erroneamente e tem permitido a prolação de decisões tão díspares). O autor refuta veementemente a possibilidade de que se profiram decisões *ad hoc*, mas lembra do papel do Judiciário no *rule of law* ao resumir o termo *independent judiciary*. Em tradução livre, significa que “os juízes devem proferir suas decisões sem interferência política ou por retribuição”³⁵⁰. E esse entendimento é plenamente consentâneo com a conjuntura brasileira.

Por tudo que se expôs nessa dissertação, não há como se chegar a outra conclusão senão a de que o art. 52, inciso X, da Constituição da República, efetivamente sofreu mutação constitucional, e o Senado Federal não tem mais lugar no *judicial review*.

E se o Supremo Tribunal Federal eventualmente vier a admitir a mutação do art. 52, inciso X, sua decisão seria efetivamente pragmática. Até porque para Posner o método pragmático deve ser amplamente incentivado pela corte constitucional quando a letra da Carta, por si só, não pode solucionar os problemas modernos do direito³⁵¹.

³⁵⁰ POSNER, Richard A.. *Law...* cit., p. 61.

³⁵¹ *Idem*, p. 64.

CONCLUSÃO

Diante da tendência em se conferir efeitos gerais e força vinculante a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos, independentemente de manifestação do Senado, a resolução suspensiva de norma inconstitucional passou a ser repensada. Nesta dissertação defendeu-se que o significado do art. 52, inciso X, da Constituição da República, foi alterado, razão pela qual a resolução suspensiva é despicienda. Sustentou-se, assim, que a tese de mutação constitucional do referido dispositivo da Carta de 1988, ventilada nos votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no julgamento da Rcl 4.335/AC, deve ser ratificada pelo STF, se vier a apreciar novamente a controvérsia, em outro feito.

Essa assertiva foi fundamentada por diversos fatores, demonstrados no decorrer da pesquisa.

No primeiro capítulo, três constatações que reforçam a tese de mutação constitucional foram demonstradas.

Primeiramente, a de que a fórmula da resolução suspensiva, na sua gênese, foi concebida logo no início dos debates da Assembleia Constituinte instaurada em 1933 como instrumento de equilíbrio do sistema de freios e contrapesos. Sua promulgação ficaria a cargo de órgão alheio à estrutura tradicional tripartite dos poderes (o Conselho Federal), para que se respeitassem as autonomias tanto do poder que instituiu a norma inconstitucional quanto do Judiciário. Longos debates sobre a posição desse mecanismo no sistema de *checks and balances* ocorreram. Porém, a leitura dos anais da Assembleia parece revelar que a atribuição dessa tarefa ao Senado (ocorrida no final dos debates) deu-se sem a devida justificação. Esse dado histórico é de suma importância, por revelar a possibilidade da resolução suspensiva significar a hipertrofia da Alta Câmara relativamente ao Supremo Tribunal Federal desde o seu estabelecimento.

Outra foi a de que o Supremo, em 1977 – quando era conhecido por sua postura comedida na relação com os demais poderes –, ao excluir o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade abstrato de normas, deu um

passo talvez muito maior do que significa, hoje, a proposta de mutação constitucional. Nesse ponto a “Corte Moreira Alves” abandonou seu comportamento minimalista e conferiu à regra hoje correspondente ao art. 52, inciso X, da Constituição da República (à época art. 42, inciso VII) um significado que não encontrava apoio textual na Emenda Constitucional n.º 01/69.

A terceira a de que a resolução suspensiva não constitui fórmula hábil para propiciar um diálogo institucional mais sofisticado entre o Judiciário e o Parlamento, tanto diante do desenho que se confere à supremacia do STF para interpretar e aplicar a Constituição quanto em razão da falta de cultura de deferência entre os poderes no Brasil – o que esvazia a possibilidade de que o procedimento possa ser repensado no sentido de funcionar como uma cláusula de controle constitucional suave ou brando.

O segundo capítulo tratou da nova dimensão da jurisdição difusa, também com a finalidade de assentar a legitimidade da tese de mutação constitucional.

Mostrou-se que a força expansiva do controle difuso encontra paralelos com a doutrina do *stare decisis*. Nesse sentido, foi essencial a constatação de que sob a égide da Constituição de 1891 não havia, nas palavras do Ministro do STF Teori Zavascki, ‘empecilho constitucional’³⁵² para o que pretendia Rui Barbosa (que participou ativamente da redação de diversos dispositivos da Carta): firmar a autoridade dos precedentes.

Contudo, não se sustentou neste trabalho que se deve simplesmente importar o *stare decisis*. Mas como a proposta de mutação envolve a formalização de institutos como o efeito vinculante no controle de constitucionalidade difuso, foi fundamental assentar que se na primeira Constituição Republicana não havia óbice à doutrina, hoje, com as alterações normativas e jurisprudenciais que vêm conferindo expressa eficácia *ultra partes* a ações subjetivas, a rejeição ao sistema de precedentes faz ainda menos sentido.

³⁵² Voto do Min. Teori Zavascki na Rcl 4.335/AC.

A descrição sobre a evolução do *law reporting* na Inglaterra e a maneira que hoje nossos tribunais compilam seus repositórios de julgados e confeccionam seus informativos de jurisprudência foi ainda uma importante passagem do capítulo. Esclareceu-se que o método de fundamentação dos Juízes na Inglaterra no momento da consagração da doutrina do *stare decisis* era muito semelhante à forma com que hoje os operadores do direito no Brasil referem-se aos precedentes em suas peças jurídicas – o que reforça a ideia de autoridade do precedente. Foi demonstrada também a importância da segurança jurídica – instituto que permite a previsibilidade e a calculabilidade, elementos essenciais de um Estado Democrático de Direito.

Defronte todo esse traçado de evidente expansão dos efeitos do sistema difuso, o termo do capítulo expôs uma breve reflexão sobre se a asserção hoje comum de que o Supremo está melhor vocacionado para o controle ‘principal’ deve continuar a ser reafirmada, especialmente em face da problemática do *deficit* democrático da jurisdição constitucional (tensão que gera uma incessante busca por mecanismos que confirmem maior legitimidade ao *judicial review*).

A ponderação foi a de que a agudez que se observa no meio concentrado, pela possibilidade da pronta exclusão dos efeitos da norma, resta mais diluída na via difusa, devido ao seu matiz muito mais plural – enriquecido pelos contornos dos fatos que existem na causa concreta, pela participação de diversos atores processuais em diferentes graus hierárquicos e pelo próprio decurso do tempo. Isso somado ao fato de ter havido a introdução na Suprema Corte, numa tendência que parece ser irreversível, de uma visão republicana e democrática na forma aplicar a Constituição que hoje a faz admitir recursos como as audiências públicas e o ingresso de *amici curiae* inclusive na jurisdição inaugurada por intermédio da via subjetiva. É nesse sentido que esse raciocínio mostrou-se essencial, já que admitir a primazia do sistema abstrato – cuja eficácia *erga omnes* não mais se discute, e inclusive encontra apoio expresso no Texto Constitucional no caso das decisões de mérito nas ADI e ADC – não é um argumento que reforça a autoridade dos precedentes.

Nesse ponto, demonstrou-se que, na verdade, a via difusa vem sendo prestigiada, notadamente após a instituição da repercussão geral pela Emenda Constitucional 45/2003, que significou importante avanço para sua valorização e deve ser admitido como importante instrumento para a consolidação do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional.

Todas essas constatações mostraram-se fundamentais para o entendimento de que a proposta de mutação constitucional não é uma mera escolha discricionária, e de que ela é baseada em elementos históricos e dados concretos que sustentam a sua validade.

O terceiro capítulo, então, foi elaborado para reforçar a tese de que mutação constitucional é legítima. E, a partir do método pragmático, concluiu-se que efetivamente o significado do art. 52, inciso X, da Constituição foi alterado.

Inicialmente, assentou-se a conceituação fluida do método pragmatista, em que seus próprios teóricos não o descreveram de uma forma concreta. Mas logo centrou-se em Posner, que em *Law, Pragmatism and Democracy* desenvolveu a sua teoria pragmática do Direito, num nítido esforço de conferir mais consistência a esse comportamento no direito.

Para isso o Jurista estadunidense enumerou um rol não taxativo com a descrição de elementos que entende serem os princípios do pragmatismo legal. Dentre as diversas estruturas que citou, são as mais importantes: a) o pragmatismo legal não é uma mera denominação sofisticada para um processo decisório *ad hoc*; b) o critério essencial para a decisão pragmática é o racionalismo – há ênfase nas consequências, mas isso não significa que o mero consequencialismo oriente a melhor decisão; c) o pragmatismo é visionário, aceitando a vinculação ao passado se ela for uma necessidade, e não um dever ético; e d) o pragmatista baseia-se no empirismo e refuta a moral abstrata e a teoria política para guiar o *judicial decisionmaking*.

De uma forma um pouco mais desenvolvida, esses princípios significam o que se segue: a) fato de o pragmatismo não permitir posturas discricionárias (*ad hoc*) impõe ao juiz refutar medidas aleatórias ou fortuitas no

processo decisório, por estar ele sempre condicionado ao *rule of law*; b) agir com racionalidade é preferível a uma postura tão somente consequencialista, pois a moderação dialoga com mais elementos que a simples busca dos melhores resultados e, quanto mais circunstâncias puderem embasar fundamentação do ato, mais pragmática é a decisão; c) ser visionário significa entender que a continuidade só deve ser observada se efetivamente ela, sopesadas todas as circunstâncias que a envolvem (inclusive a de que a ruptura não vai ensejar desequilíbrio ou quebra da segurança jurídica), for a melhor opção; e d) em casos onde há colisão entre princípios, o pragmatista deve refutar conceitos metafísicos e orientar-se por experiências concretas que estiverem ao seu alcance para proferir uma boa decisão.

A partir daí, passou-se a fazer um paralelo dessas estruturas com a realidade da prestação jurisdicional no Brasil. Demonstrou-se, inicialmente, que em diversas ocasiões o STF teve de atentar-se para as consequências de suas decisões diante de realidades fáticas que defrontou, inclusive para mitigar a eficácia de normas constitucionais em determinadas hipóteses.

E especificamente sobre a realidade da prestação jurisdicional, esclareceu-se, de um lado, que o STJ já chegou até a conferir eficácia vinculante a declaração de inconstitucionalidade do Supremo oriunda do controle difuso, e superou entendimento contrário de sua Corte Especial, ao qual, ao menos formalmente, estava obrigado. Mas que, por outro, a prática judiciária mostra que as incoerências no nosso sistema jurídico chegaram ao ponto onde juízes recusam-se expressamente a orientarem-se segundo a jurisprudência dominante, inclusive em matérias sumuladas.

Dessa feita, observados elementos concretos sobre a jurisdição no Brasil, que corroboram o fato de que ela não tem sido vetor de segurança jurídica, afirmou-se ser necessária a efetivação de métodos que levem à racionalização e unidade do sistema, e que, por isso o sucesso da proposta de mutação do art. 52, inciso X, é de especial importância. E, nesse sentido, os elementos da teoria pragmática do direito de Posner mostraram-se excelentes ferramentas para justificar a proposta de mutação.

Em conclusão sinóptica, o que foi tratado ao longo desta dissertação pode ser assim concebido: a) é possível que o papel do Senado no *judicial review* já desde a Constituição de 1934 signifique uma indevida hipertrofia da Alta Câmara em face do STF; b) o Supremo, quando em 1977 excluiu a participação do Senado Federal no controle abstrato, parece ter adotado uma postura mais contundente (ou ativista) do que a proposta de mutação constitucional significa hoje; c) a resolução suspensiva não tem vocação para estabelecer um diálogo institucional efetivo do Parlamento com a Corte; d) a expansão dos efeitos da via difusa é consentânea com a ideia de força dos precedentes; e) o método de fundamentação das decisões na Inglaterra quando o *stare decisis* foi consagrado como mandamento tem emblemático paralelo no Brasil, onde hoje são raras as peças jurídicas sem referências a precedentes; f) o controle de constitucionalidade difuso tem problemas de *deficit* democrático muito menores que o controle concentrado, mostrando-se contraditório que a decisão na via direta tenha efeitos vinculantes e na subjetiva não; g) a instituição da repercussão geral pela Emenda Constitucional 45/2003 significou importante avanço na valorização da via difusa e na consolidação do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional; h) o STF admite, diante da realidade do caso concreto, por vezes limitar a eficácia da Constituição, e que já chegou a proferir decisão que não confere à Carta o sentido literal nela expresso; e g) que a caótica prestação jurisdicional brasileira, com suas decisões díspares, não permite que se crie um ambiente de previsibilidade e de segurança jurídica, razão pela qual a instituição de métodos que a racionalizem e confirmem unidade ao direito deve ser especialmente incentivada.

Segundo a teoria pragmática do direito desenvolvida por Posner em *Law, Pragmatism and Democracy* o método pragmático tem de atentar-se ao máximo de circunstâncias para poder legitimar sua decisão. Devem ser observadas razões históricas, a realidade dos fatos, as consequências sistêmicas da decisão e, essencialmente, a racionalidade. E esses elementos devem ser interpretados à luz do *rule of law*, avesso à insegurança jurídica. Nessa perspectiva, todas as considerações do parágrafo anterior seriam as mesmas que um juiz pragmatista faria. E, diante delas, não há como se chegar a outra conclusão senão a de que o art. 52, inciso X, da Constituição da República, efetivamente sofreu mutação constitucional, e o Senado Federal não tem mais lugar no *judicial review*.

BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura. *O sincretismo da Jurisdição Constitucional Brasileira*. In: NOVELINO, Marcelo (Organizador). *Leituras complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade*, 3.^a ed. Salvador: JusPodvim, 2010.

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, v. 15, n.º 57, jan/mar 1978, p. 223. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182003>, verificado em julho de 2014.

AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 2002.

BACON, Michael. *Pragmatism: An introduction*. Cambridge, Polity Press, 2012.

BARNHART, Robert. *Principled pragmatic stare decisis in Constitutional cases*. HeinOnline -- 80 Notre Dame L. Rev. 1911, 2004-2005.

BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo*. Capital Federal: Companhia impressora, 1893.

BASTOS, Marcelo dos Santos; FAUSTINO, Antonio Carlos. *Eficácia e Efeitos das Decisões do STF e o Papel do Senado*. Revista Brasileira de Direito Constitucional; RBDC n.º 12; jul./dez. 2008.

BERMAN, José Guilherme. *Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade. Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito Público DPU n.º 32, Mar-Abr/2010. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/879/1065>, verificado em julho de 2014.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a constituição brasileira de 1937*. Direito Público. Porto Alegre, v.7, n.31, p. 58-66, jan. / fev. 2010. Disponível em

<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/800/1056>, verificado em julho de 2014.

Brasil. *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934, Volume II*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8186>, verificado em julho de 2014.

Brasil. *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934, Volume X*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. Disponível em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8026>, verificado em julho de 2014.

Brasil. *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934, Volume XII*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13216>, verificado em julho de 2014.

Brasil. *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934, Volume XVII*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8171>, verificado em julho de 2014.

Brasil. *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934, Volume XXI*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. Disponível em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8071>, verificado em julho de 2014.

Brasil. Diário da Assembléa Nacional n.º 146, 02.07.1934, p. 4.836. Disponível em http://imagem.camara.gov.br/dc_20a.asp?selCodColecaoCsv=R&Datain=2/7/1934, verificado em julho de 2014.

Brasil. Diário da Assembléa Nacional n.º 152, 08.07.1934, p. 4.995. Disponível em http://imagem.camara.gov.br/dc_20a.asp?selCodColecaoCsv=R&Datain=8/7/1934, verificado em julho de 2014.

Brasil. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”), p. 209. Disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>, verificado em julho de 2014.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4th ed., St. Paul, MN: Thomson/West, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.^a ed. revisada. Coimbra: Almedina, 1993.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas, Robert e ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5.^a ed. São Paulo: Bookman.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme

(coordenador). *A Força dos Precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: JusPodvim, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DAM, Kenneth W. *The Law-Growth Nexus – The Rule of Law and Economic Development*. Washington: Brooking Institution Press. 2006.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA Paula Sarno, Oliveira Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 4.^a ed., vol. n.º 02. Salvador: JusPodvim, 2009.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 9.^a ed., vol. 3. Salvador: Editora Podvim, 2011.

DIXON, Rosalind. *Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments*. University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper no. 349, 2011. Disponível em http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/357/, verificado em julho de 2014.

_____. *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference*. University of Chicago, Public Law Working Paper no. 284, 2009. Disponível em http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1345&context=public_law_and_legal_theory – verificado em julho de 2014.

DROBAK, John N.; NORTH, Douglass C.. *Understanding Judicial Decision-Making: The Importance of Constraints on Non-Rational Deliberations*, 26 Wash. U.J.L. & Pol'y 131 (2008). Disponível em <http://digitalcommons.law.wustl.edu/wujlp/vol26/iss1/7>, verificado em julho de 2014.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, Kindle Ediction, 2008.

DWORKIN, Ronald M.. *Is wealth a value?* The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980), pp. 191-226; The University of Chicago Press. Disponível em <http://blogs.law.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>, verificado em julho de 2014.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. 24.^a ed., São Paulo: Perspectiva, 2012.

FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Hermeneutica jurídica: En torno a la Hermeneutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, 1992.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de Justicia Constitucional*. Direito Público. Porto Alegre, ano 1, n.º 2, p. 55-82, out./ dez. 2003.

FERREIRA, Siddharta Legale; MACEDO, Marco Antonio Ferreira. A “Corte” Moreira Alves (1975-2003): a judicatura de um civilista no Supremo e o controle de constitucionalidade. Observatório de Jurisdição constitucional ano 5, vol. 2, 2012. Disponível em <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/745/538>, verificado em julho de 2014.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano* (tradução: Eduardo Saldanha), 1.ª ed., São Paulo: Martins Fontes.

FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *American Law in a Global Context: The Basics*. New York: Oxford University Press, 2005.

GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2014.

HEALY, Thomas. *Stare Decisis and the Constitution: Four Questions and Answers*, 83 Notre Dame L. Rev. 697, 2008. Disponível em <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol83/iss3/5>, verificado em julho de 2014.

HOLMES Jr., Oliver Wendel. *The Common Law*. Versão iBooks/iPad.

JAMES, William. *Pragmatism: A new name for some Old Ways of Thinking*. The Gutenberg Project, eBook #5116, 2004, iBooks/iPad.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo. 2010. 364 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9165/1/2010_RodrigodeOliveirakaufann.pdf, verificado em julho de 2014.

LEAL, Victor Nunes. *Atualidade do Supremo Tribunal Federal*. Revista Forense, v. 61, n.º 208, p. 15-18, out./dez., 1964.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal no sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NETO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). *A Força dos Precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: JusPodvim, 2010.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACEY, Jonathan R.. The Internal and External Cost and benefits os stare decisis. HeinOnline -- 65 Chi.-Kent L. Rev. 93, 1989.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de informação legislativa, v. 41, n.º 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/43/20>, verificado em julho de 2014.

_____. *A eficácia erga omnes da decisão concessiva de liminar em ação direta de inconstitucionalidade*. Repertório IOB de Jurisprudência, 2.ª Quinzena de Dezembro de 1998, n.º 24/98, Caderno 1.

_____. *Do efeito vinculante das decisões concessivas de cautelares*. Revista Ibero-Americana de Direito Público. Ano III, n.º 10 (jul/dez 2002), p. 95/106. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. Disponível em http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=57:do-efeito-vinculante-das-decisoes-concessivas-de-cautelares-em-acao-direta-de-inconstitucionalidade&id=4:acao-direta-de-inconstitucionalidade&Itemid=74, verificado em julho de 2014.

_____; VALE, André Rufino do (colaborador). *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

ODAHARA, Bruno Periolo. *Um rápido olhar sobre o stare decisis*. In: MARINON, Luiz Guilherme (coordenador). *A Força dos Precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: JusPodvim, 2010.

POSNER, Richard A.. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge, MA.: Harvard University Press, 2005.

_____. *How judges think*. Cambridge, MA.: Harvard University Press, 2010.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 1.ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2007.

_____. *Fronteiras da Teoria do Direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Camara. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Pragmatic Adjudication*. HeinOnline -- 18 Cardozo L. Rev. 3 1996-1997.

_____. *Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication*. HeinOnline -- 63 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 9-13 2007-2008.

_____. *Dworkin, Polemics, and the Clinton Impeachment Controversy*; HeinOnline -- 94 Nw. U. L. Rev. 1023-1048, 1999-2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Sobre a Súmula Vinculante*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, v. 34, n.º 133, jan./mar. 1997.

_____. *O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade*. In: *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Cármen Lúcia Antunes Rocha (org.), 2.^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ROSAS, Roberto. *Inconstitucionalidade. Representação. Resolução do Senado*. Revista de informação legislativa, n.º 19, p. 35-38, jul./set. 1968.

SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua "objetivação"*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13900/1/2013_ClaradaMotaSantos.pdf, verificado em julho de 2014.

SILVA, Evaldo de Souza. *O novo cenário do controle difuso de normas no Brasil: prevalência dos precedentes, controle de sentenças e atos normativos e obsolescência da atuação do Senado Federal*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público Brasília, 2011. p. 80. Disponível em <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/632?show=full>, verificado em julho de 2014.

SCHWARTZ, Bernard. *Book of Legalist*. New York: Oxford University Press, 1997.

STRAUSS, David A.. *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, Kindle edition.

SUNSTEIN, Cass R.. *One Case at a Time – Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

_____. *Problems with Minimalism*. *Stanford Law Review, Symposium on the Legacy of Chief Justice William H. Rehnquist and Justice Sandra Day O'Connor*. 58

Stan. L. Rev. 1899, Volume 58, Issue 6, April 2006, p. 1903/1918. Disponível em <http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/articles/sunstein.pdf>, verificado em julho de 2014.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

_____. *Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism*. Law and Philosophy, n. 22, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação Rescisória em Matéria Constitucional*. Revista de Direito Renovar, Vol. 27, set./dez. 2003.

ANEXOS

1 – manifestações dos ministros proferidas no procedimento sem número de tombamento apensado ao PA/STF n.º 4.477/72.

1. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pelo Supremo Tribunal Federal, tanto pode ocorrer no julgamento de ação direta (Representação, Constituição Federal, art.119, II, "1") como no julgamento de outras ações.

Neste último caso, o julgamento, reconhecendo a inconstitucionalidade, se limita à não aplicação da norma inconstitucional à espécie examinada. Criou a Constituição Federal entretanto, "algo de novo, algo de mais próximo ao veto, muito embora só nos resultados, na eficácia, que é a suspensão da execução" (Pontes de Miranda, "Com. à Constituição de 1967 com a Emenda Const. nº 1/69", III / 88). Assim, como a função jurisdicional, no caso concreto, não pode estender a eficácia da declaração de inconstitucionalidade à generalidade dos casos, limitada que está à espécie em apreciação, o Supremo Tribunal Federal comunica o julgado ao Senado Federal que, nos termos do art. 42, VII da Constituição Federal, suspende a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais.

2. Já nos casos de ação direta, a função jurisdicional, apreciando a Representação, se estende à decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese. Não vejo, pois, seja necessária a intervenção do Senado, cabível somente quando, por ser, a inconstitucionalidade, reconhecida no julgamento de caso concreto, a decisão judicial não possa exercer seus efeitos fora da demanda em que proferida. Aqui, sim, a manifestação do Senado Federal é indispensável para dar eficácia geral ao julgamento da inconstitucionalidade, além da espécie apreciada no julgamento.

No caso de Representação por inconstitucionalidade, porém, o julgamento se refere à lei ou ato normativo, em tese, e a decisão que os tem como inconstitucional encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes a eficácia.

11
71

Neste caso, se a Representação se apoia no art.10, VI (primeira parte) ou VII da Constituição Federal, o provimento dela deverá determinar ofício ao Presidente da República, para eventual intervenção no Estado.

Nos mais casos de Representação, creio que seria de dar-se ciência do julgado à autoridade competente para executar a lei ou ato normativo para que lhe suste a execução.

Se houver desobediência, então, ocorreria a intervenção federal (CF, art.10,VI) ou crime de responsabilidade (CF, art.82,VII).

Creio que foi acertado o entendimento de não oficiarse ao Senado Federal, nos casos de Representação.

Brasília, 19 de junho de 1974 .


MINISTRO RODRIGUES ALCEMIN

CONCLUSÃO

os 20 dias do mês de julho de 1974
 faço estes autos conclusos ao Exmo. Sr. Ministro Luiz Gallotti
 Presidente da Comissão de Relatórios
 Eu, [assinatura] Diretor de Serviço
 o subscrevi. geral

Estou de acordo com o brilhante parecer do eminente Ministro Rodrigues Alfonsina (fls. 10/11), devendo acrescentar, entretanto, que a comunicação ao Sr. Presidente da República caberá nos casos de representações como fase de um processo de intervenção federal nos Estados, como ocorre, aliás, no caso presente, que provocou a consulta do Sr. Diretor-Geral (fls. 1/3). Foi o que entenderam os ofícios de fls. 4/5 e 6/7, acolhidos pelo Senado Federal e subscritos, respectivamente, por mim e pelo eminente Ministro Osvaldo Trigueiris.

RF-5-8-24

[assinatura]

RECEBIMENTO

Aos 9 dias do mês de Agosto de 1974
 foram-me entregues estes autos por parte da portaria, do que eu,

 oficial, lavrei _____ e eu _____
 Diretor do Serviço _____ subscrevi.

CONCLUSÃO

Aos 9 dias do mês de Agosto de 1974
 faço estes conclusões _____ Sr. Ministro Alfredo de Azevedo
Eloy José da Rocha
 Eu, _____ Diretor
 © subscrevi.

*Proceda-se de acordo com
 o parecer da Comissão de Regimento,
 observando o esboço de S. M.
 Justiça Luiz Falletto. Na hipótese assu-
 mada por S. Exa., aplica-se o
 art. 326 de Regimento Interno, com-
 binado com o art. 323, IV, Noventa-
 rio e' que se decide de repressão
 de intervenções, regulada nos últi-
 mos dispositivos regimentais.
 Brasília, 12.08.1974
 Eloy José da Rocha*

2 – Manifestações dos ministros proferidas no PA/STF n.º 4.477/72.

Proc. n.º 4477/72
Fls. n.º 22 v
Func. - del.

Brasília, 12, 9. 1975.
Dyalei Sakou

CONCLUSÃO

Aos 12 dias do mês de setembro de 19 75

faco estes autos conclusos ao Exmo. Sr. Ministro Shompson Stoves
Presidente da Comissão de Regimento, digo,
Eu, Luiz R. Reis Diretor Geral jurisprudência
o subscrevi.

Luiz R. Reis

Moore Stones procur.

J. F. M. G. J. S.
Procur. G. da Legação

Trata-se de divergência de interpretação do artigo 180 do Regimento Interno combinado com o artigo 42, VII, da Emenda Constitucional nº 1/69, e divergência entre a Mesa de Matéria Constitucional desta Corte e o Senado Federal. Aquela entende (f. 3) que o "Regimento não impõe a comunicação ao Senado, quando a inconstitucionalidade atinge outros atos normativos (que não lei ou decreto) ainda que emanados de autoridades federais ou estaduais, tais como Portarias, Resoluções, Instruções, Normas etc"; este - o Senado - que lhe cabe "mesmo no caso de atos normativos de autoridades federais ou estaduais, ainda que autárquicas, exercer a sua competência de suspender-lhes a execução, quando declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal"(fls.5).

2. Reza o artigo 180 do Regimento Interno:

"Declarada a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, o Presidente do Tribunal imediatamente a comunicará aos órgãos interessados, e, transitado em julgado o acórdão, remeterá cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal, no caso do art. 42, VII, da Constituição".

Por seu turno, dispõe o artigo 42, VII, da Emenda Constitucional nº 1/69:

"Compete privativamente ao Senado Federal:

.....
VII - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" .

Proc. n.º 4477/72
Fls. n.º 24
Func. [assinatura] - 27

3. A questão se resume, portanto, em determinar o sentido e o alcance das expressões "lei ou decreto" no inciso VII do artigo 42 da Constituição Federal, para, com base nessa determinação, saber-se quando se aplicará a parte final do artigo 180 do Regimento Interno.

4. Foi na Constituição de 1934 que, pela primeira vez, em nosso direito constitucional, se disciplinou a matéria objeto da presente controvérsia. Fê-lo o artigo 91, IV, que preceitua:

"Compete ao Senado Federal:
.....
IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário".

Norma, como se vê, muito ampla, quer quanto ao objeto da declaração de inconstitucionalidade, quer quanto ao órgão judicante que a fez.

Na Constituição de 1937, não há preceito semelhante.

Ele vai reaparecer, bastante restringido, no artigo 64 da Constituição de 1946:

"Art. 64 - Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Em seu comentários à Constituição de 1946 (Vol. II, nº 337, pág. 117/118), Carlos Maximiliano examina os trabalhos preparatórios da Constituinte, dos quais resultaram a redação acima transcrita, elemento histórico esse que mostra, inequivocamente, a orientação restritiva que foi adotada:

"O Projeto de Constituição estipulava: "Art. 33 - Compete ainda ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei, decreto ou ato, declarados inconstitucionais pelo órgão competente".

A Emenda 892 colimiou diminuir o alcance da regra suprema, pelos motivos assim expostos:

"A atribuição que o art. 33 confere ao Senado Federal, é de natureza delicada. Deve ser exercida com certa limitação. Parece, pois, conveniente que a suspensão da execução se restrinja às leis e decretos. Conveniente é também que a providência não seja tomada senão em virtude de decisão definitiva dos tribunais"...

Por outro lado, a Emenda 1.756 substituiu - "tribunais" por - "Supremo Tribunal Federal"; e caiu a Emenda 1.755 elaborada com o intuito de conferir ao Senado a competência para suspender, ex proprio Marte, a execução das disposições ilegais dos regulamentos expedidos pelo Executivo.

Infere-se do exposto ser sempre indispensável a declaração judicial da inconstitucionalidade, proferida em decisão definitiva no pretório mais alto do Brasil. A regra fundamental não atinge quaisquer atos; porém leis e decretos, apenas.

Abrange regulamentos; porque sempre se apresentam como objeto de decretos; porém neste caso a Câmara Alta não intervém por iniciativa própria em defesa da verdade constitucional; aguarda o pronunciamento, em aresto definitivo, da Corte excelsa".

A Constituição de 1967, em seu artigo 45, IV, manteve a norma em termos idênticos: "suspender a execução, no todo

ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; a qual persistiu, com igual teor, no artigo 42, VII, da Emenda Constitucional nº 1/69.

5. O elemento histórico, portanto, é favorável à interpretação escrita dos termos "lei ou decreto". Ele, no entanto, não basta. Embora haja autores que lhe dêem grande valor na interpretação constitucional (como salienta LI BASSI, L'Interpretazione delle Norme Costituzionali, págs. 42/43, nota 19), a maioria da doutrina não lhe atribui a importância decisiva que lhe conferia RUMELIN (Gesetz, Rechtsprechung und Volk-betätigung auf dem Gebiete des Privatsrechts, in Archiv für die Civilistische Praxis, vol. 122 - ano de 1924 - pág. 272, nota 12), no campo do direito administrativo e constitucional. É ele, antes, elemento que serve para demonstrar - quando concorde - que é correto o resultado a que se chegou pelo emprego do método lógico-sistemático.

6. Interpretando, sistematicamente, a Emenda Constitucional nº 1/69, no tocante à matéria em causa, verifica-se que:

- a) ao tratar da representação de inconstitucionalidade para intervenção federal, no artigo 11, § 2º, usa da expressão genérica "ato impugnado";
- b) no artigo 116, estabelece a regra de que "somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público; e
- c) na letra "l" do inciso I do artigo 119, declara que a representação de inconstitucionalidade em tese (ação direta de declaração de inconstitucionalidade) é relativa a "lei ou ato normativo federal ou estadual".

Parece inequívoco que a Emenda, conforme a finalidade do dispositivo, se utiliza de expressões genéricas ou restritivas: "ato impugnado", em se tratando de intervenção federal, para abarcar qualquer ato normativo, ou não, de um dos Poderes

do Estado-membro; lei ou ato do poder público, para traduzir - no tocante ao quorum - a mesma idéia, de âmbito amplo, que no caso anterior; e, quanto à ação direta de declaração de inconstitucionalidade, das expressões mais restritas "lei ou ato normativo federal ou estadual", excluídos, portanto, os atos que não sejam normativos, do poder público, bem como leis ou atos municipais, normativos ou não.

O mesmo, aliás, em esfera mais reduzida e isso porque a representação da inconstitucionalidade em tese só foi introduzida em nosso direito constitucional com a Emenda nº 16/65 - na Constituição de 1946: no § único do artigo 8º, para efeito de intervenção federal, se falava em "ato arguido inconstitucionalidade"; e, no artigo 200, no concernente ao quorum para a declaração de inconstitucionalidade, se aludia a "lei ou ato do poder público". E a restrição a "lei ou decreto", no que dizia respeito à suspensão pelo Senado, atendera - como já vimos - ao propósito deliberado de restringir o campo de atuação do Senado em matéria de suspensão de execução.

Se, portanto, conforme a finalidade do dispositivo, a Constituição alarga, ou restringe, o campo de incidência relativo à inconstitucionalidade, nos três casos acima aludidos, nada indica que, em se tratando de norma que estabelece competência privativa (e que por isso mesmo, deve ser de interpretação estrita), a Constituição usasse de expressões mais limitadas do que pretendia. A restrição não decorre de impropriedade de linguagem, mas, sim, como salientam os trabalhos preparatórios à Constituição de 1946, da natureza delicada da atribuição, a tornar conveniente o seu exercício com certa limitação.

8. É certo, porém, que a interpretação estrita, no caso, deve ser entendida em termos, porquanto, no terreno do di

reito constitucional, como salienta CARLOS MAXIMILIANO (Hermenêutica e aplicação do Direito, nº 377, pág. 370, 3ª Edição), "não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto", porquanto "dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema: seja este atingido, e será perfeita a exegese".

Por isso, entendo - como sucede em outras passagens da Constituição - que o termo "lei" abrange qualquer das modalidades de norma jurídica (todas, aliás, leis em sentido formal ou em sentido material) de que trata o artigo 46, referente ao processo legislativo (inclusive, pois, as resoluções dos Tribunais de Justiça sobre organização e divisão judiciárias, que são leis em sentido material). Com efeito, não há razão alguma capaz de justificar distinção de tratamento entre essas modalidades de norma jurídica, cujo processo de elaboração a própria Constituição denomina "Processo legislativo".

Mas, não vou além disso, para considerar que o termo "lei", empregado no artigo 42, VII, da Emenda Constitucional nº 1/69, abarca - como pretende o Senado - "atos normativos de autoridades federais ou estaduais, ainda que artárquicas". Quando a Constituição quer aludir a atos normativos, que não leis em sentido formal ou material, se refere a "lei ou ato normativo", como ocorre no artigo 119, inciso I, letra "l". O que implica dizer que distingue a lei, de um lado, e, de outro, os atos normativos que não se configurem como lei, formal ou materialmente.

9. Essa interpretação encontra, ainda, apoio no Regimento Interno desta Corte. De feito, após aludir, no artigo 174, a "exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que este declare a sua inconstitucionalidade", acentua, no artigo 180, que cópia do acórdão que declarar a inconstitucionalidade só

será enviada ao Presidente do Senado Federal, no caso do art. 42, VII, da Constituição, referência evidentemente restritiva, pois inócua se a remessa se fizesse em qualquer das hipóteses em que se admite a declaração de inconstitucionalidade em tese (lei ou ato normativo).

10. Em conclusão, e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta (sou dos que entendem que a comunicação do Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente, e, não, quando decorrente de ação direta, caso em que, se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente a declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia erga omnes e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos), em conclusão - repito - e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta, sou de parecer de que só se deverá fazer a comunicação, a que alude a parte final do artigo 180 do Regimento Interno, quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade de lei (que abrange o elenco das figuras compreendidas no artigo 46 da Emenda Constitucional nº 1/69) ou de decreto, e, não, de quaisquer outros atos normativos.

Brasília, 11 de novembro de 1975.

J. Alves

Proc. n.º 4477/72
Fls. n.º 30
Func. D

CONCLUSÃO

Aos 14 dias do mês de novembro de 19 75
faço estes autos conclusos ao Exmo. Sr. Ministro Thompson Flores
Presidente da Comissão de Jurisprudência

Eu _____
Subscrevo:

Gabinete do Ministro
THOMPSON FLORES
14 NOV 1975
RECEBIDO

Proc. n.º 4477/72

do Ministério

Min. de Justiça e Segurança

que, por 22/6.

T. F. 4477/75

Thompson

Proc. 4.477/72

Concordo com a primeira das conclusões do Sr. Ministro Moreira Alves (fls. 28), relativa ao que se deve entender por lei, para o efeito questionado neste processo.

Com relação, contudo, à segunda das conclusões do eminente Ministro, meu entendimento aproxima-se daquele propugnado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Em regra, compete ao Presidente da República — e, por simetria, aos Governadores dos Estados — expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Casos há, porém, cada dia mais numerosos, em que a própria lei transfere o poder regulamentar do Chefe do Executivo para outros órgãos da Administração, — v.g., Conselho de Política Aduaneira, Conselho Monetário Nacional, o próprio Instituto do Açúcar e do Alcool, etc., — e estes o exercitam mediante atos normativos de diferentes denominações, que de decretos fazem as vezes. Em tais casos, entendo cabível a suspensão da execução do ato, e necessária, para esse fim, a comunicação ao Senado Federal.

Em 24.11.75.

Alves

A
De acordo com o
parecer de fls. 23/9, com o
cumplimento por mim, da pro-
moção supra.
J.F., 25.11.75
Alves

Proc. n.º 4477/72
 Fls. n.º 32
 Func. D

CONCLUSÃO

Aos 27 dias do mês de novembro de 19 75
 faço estes autos conclusos ao Exmo. Sr. Ministro Djair Salicrú -
Presidente do Supremo Tribunal Federal.
 Eu, [assinatura] Escritor Geral
 o subscrevi.

PROCESSO Nº 4.477/72

Exmº Sr. Ministro-Presidente :

O presente processo foi encaminhado a esta Diretoria Geral, em 15 de março último, pelo Ilmº Sr. Secretário-Geral da Presidência.

De acordo com a determinação de Vossa Excelência, foi procedido o levantamento dos casos pendentes, na Mesa de Matéria Constitucional, oferecido em anexo.

À superior consideração de Vossa Excelência, em 14 de abril de 1977.

[assinatura]
 PEDRO J. XAVIER MATTOSO

Diretor-Geral

CONCLUSÃO

Aos 14 dias do mês de abril de 19 77
 faço estes autos conclusos ao Exmo. Sr. Ministro Carlos Shoepsen
Flores, Presidente do Supremo Tribunal Federal.
 Eu, [assinatura] Escritor Geral
 o subscrevi.

[assinatura]

despacho seu superior e
Inteligencia. -

7.4. 1877

Chapman
Presidente

32 36
97

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 4.477/72, COM UM APENSO

D E S P A C H O

Proceda-se de conformidade com o parecer da Comissão de Regimento, fls. 23/31.

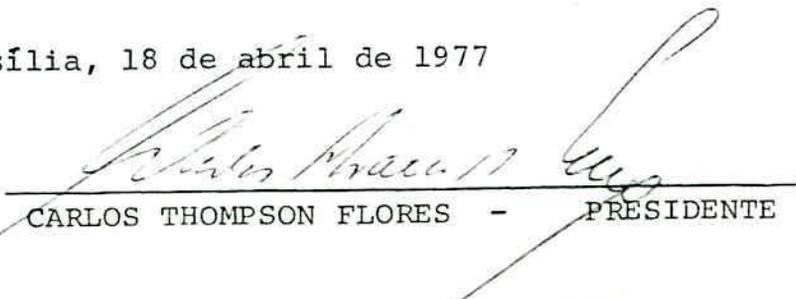
A comunicação ao Senado Federal compreenderá, outrossim, os atos normativos, como entendeu a maioria, de resto, em consonância com o parecer do Relator da Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa do Congresso Nacional, fls. 8/13.

2. Esclareço no sentido de prevenir dúvidas que, quando a declaração de inconstitucionalidade defluir de ação direta (Representação, Constituição, art. 119, I, 1), a solução está no desfecho ^{pr} constante do processo anexo, fls. 13, compreendendo, como é óbvio, os atos normativos aqui considerados.

II. Responda-se o ofício de fls. 7, reiterado a fls. 14 e 15.

III. As comunicações a que se refere o art. 42, VII, da Constituição devem ser acompanhadas do texto integral do preceito (lei, decreto ou ato normativo), cuja inconstitucionalidade, total ou parcial, foi declarada, além dos demais elementos indispensáveis à suspensão ou não da norma.

Brasília, 18 de abril de 1977


CARLOS THOMPSON FLORES - PRESIDENTE