

## Regras para Citação:

MONTEIRO, P. H. D. A Abstrativização do Controle Difuso e o Precedente Vinculante. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, n. 8, p. 228-258, 2009.

---

## A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E O PRECEDENTE VINCULANTE

Paulo Henrique Drummond Monteiro<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo uma discussão ainda pouco trabalhada sobre o controle difuso de constitucionalidade brasileiro: o fenômeno da abstrativização. Trata-se de uma modificação do controle de constitucionalidade promovido pelas recentes reformas processuais que, em conjunto, revelam uma verdadeira alteração na concepção dogmática da jurisdição constitucional, com repercussão no procedimento do controle de constitucionalidade e na abrangência dos efeitos de suas decisões.

**Palavras-chave:** jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade difuso, abstrativização, força vinculante.

**Abstract:** The present article aims a discussion of an insufficiently studied theme about the Brazilian judicial review: the phenomenon the Brazilians call "abstrativização". It is an modification of the Brazilian judicial review that means a significative modification of the dogmatic conception of the constitutional application, with repercution in the process and in the effects of the judicial review.

### 1. Apresentação do tema

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro tem passado, nos últimos anos, por mudanças significativas, orientadas por uma concepção de jurisdição constitucional bastante peculiar. Tais mudanças são sustentadas por uma ordem de argumentação pautada, sobretudo, nos princípios da eficiência da prestação jurisdicional, da celeridade e da segurança jurídica.

A emenda constitucional nº 45, por exemplo, criou a súmula vinculante em matéria constitucional bem como consagrou, no texto da Constituição, a orientação do STF de conferir efeito também vinculante às decisões proferidas em causas de controle concentrado de constitucionalidade (em ADIN ou ADC: art. 102 parágrafo 2º, CR/88).

A seu turno, as recentes reformas processuais promoveram a transformação do recurso extraordinário, típico instrumento de controle difuso, em instituto apto a servir ao controle abstrato<sup>2</sup>. Trata-se da "abstrativização" do controle de constitucionalidade difuso.

A análise incidental da constitucionalidade, por sua vez, passa a ser feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. É o que acontece quando se instaura o incidente de inconstitucionalidade perante os tribunais de segunda instância, em que a análise da questão constitucional tem sido feita em tese vinculando o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades<sup>3</sup>. Esse conjunto de inovações processuais atinentes à jurisdição constitucional difusa permeia uma técnica de fortalecimento normativo dos juízos de fundamentação da decisão judicial, transformando-os em verdadeiros precedentes vinculativos para a jurisdição ordinária, ainda que se trate de parte incidental da causa. Assim, da solução de um caso concreto particular, extrai-se uma regra de direito generalizada.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela UFMG (9º período) e intercambista da Universidade de Coimbra.

<sup>2</sup> Não se confunda a classificação controle difuso/concentrado com a de controle concreto/abstrato. O controle difuso se refere à jurisdição constitucional exercida por todos os juízes, enquanto controle concreto significa o exercício da jurisdição constitucional incidentalmente em uma lide já instaurada, sendo a questão constitucional uma prejudicial no caso concreto.

<sup>3</sup> DIDIER JR (2007; p. 105)

É essa nova técnica processual que explica as inovações processuais da súmula vinculante; a valorização das súmulas dos tribunais no sistema recursal; a possibilidade do julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A do CPC); o instituto da repercussão geral e seu exame por amostragem; entre outras inovações legislativas e teses jurisprudenciais.

Historicamente no Brasil, o controle difuso tem exercido o papel de aproximar a jurisdição constitucional e a sociedade. Disperso por todos os ramos do judiciário, essa modalidade de controle tem o condão de incrementar o exercício da cidadania, robustecendo a noção de democracia. Pautado pelo mais amplo contraditório, o processo “subjetivo” permite às partes a discussão democrática acerca dos direitos fundamentais no espaço mais eficaz para a efetivação desses direitos: o caso concreto.

Portanto, as inovações no sistema difuso devem ser bem trabalhadas pela doutrina sob pena de se criar um déficit de legitimidade da jurisdição. Imprescindível, pois, um estudo histórico-comparativo do controle difuso brasileiro a fim de proceder a uma melhor análise desse fenômeno tendo por base a sua legitimidade e o seu papel fundamental na construção da democracia. Trabalharemos brevemente uma conceituação científica do controle de constitucionalidade e o seu desenvolvimento histórico no Brasil, para, por fim, procedermos à análise do fenômeno da abstrativização com fundamento histórico e científico.

## 2. SISTEMA JUDICIAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – CONCEITUAÇÃO

Considerando apenas os aspectos formais do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, pode-se conceituá-lo como o mecanismo de verificação da compatibilidade entre uma lei ou outro ato normativo infraconstitucional e a Constituição da República<sup>4</sup>. Tal conceito, porém, peca por desconsiderar a função preponderante do sistema de controle de constitucionalidade, qual seja, a função de canal jurídico-democrático de construção da salvaguarda dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade deve ser entendido, por um lado, como uma das técnicas instituídas pela Constituição capaz de promover o respeito aos direitos das minorias frente às maiorias parlamentares eventuais. Por outro, como um modelo constitucional de processo estabelecido pelo constituinte que garanta a plena construção discursiva da interpretação constitucional<sup>5</sup>.

A conceituação jurídica de controle de constitucionalidade aqui trabalhada permeia, portanto, três aspectos que não podem ser desconsiderados num Estado Democrático de Direito, sob pena de feri-lo em seus fundamentos:

1) O seu aspecto formal - Sendo entendido como mecanismo de salvaguarda da harmonia do sistema jurídico, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou outro ato normativo infraconstitucional e a Constituição da República, pautando-se na rigidez e supremacia constitucionais; 2) O seu aspecto material – Sendo entendido como técnica instituída pela Constituição capaz de promover salvaguarda dos direitos fundamentais; 3) O seu aspecto processual – Sendo entendido como canal jurídico-democrático revelado num modelo constitucional de processo que garanta a plena construção discursiva da interpretação constitucional.

**O aspecto formal** tem a função de garantir a força normativa formal da Constituição frente às normas infraconstitucionais. Trata-se de parâmetro de validade do sistema jurídico insubstituível num Estado de Direito, porquanto preza pela defesa da validade das normas, trazendo previsibilidade e segurança-jurídica. Este é o primeiro passo, no que se refere ao sistema constitucional, da saída de um Estado da Política para um Estado de Direito: a parametricidade formal da Constituição<sup>6</sup>. Por outro lado, **o aspecto material** tem uma função que vai além do estabelecimento de uma parametricidade formal. Sob esse ponto de vista, o

---

<sup>4</sup> BARROSO (2007; p. 1-2)

<sup>5</sup> CATTONI (2001; p. 8)

<sup>6</sup> BARROSO (2007; p. 1-2)

controle de constitucionalidade tem a finalidade também de salvaguardar direitos fundamentais de injunções estritamente políticas. É a defesa efetiva de direitos que a comunidade jurídica previamente estatuiu como fundamentais na decisão constituinte. Não se trata aqui de mera defesa formal, haja vista que se começa a pensar em concretização de direitos fundamentais<sup>7</sup>. Paulo Bonavides explicita bem essa função que revela também uma passagem histórica do controle de constitucionalidade:

O controle material de constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste(...). É controle criativo, substancialmente político. Se constitui no desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial(...) Fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder (...)<sup>8</sup>

A partir desse momento teórico o constitucionalismo começa a conceber a jurisdição constitucional com uma feição jurídico-política, na medida em que a defesa efetiva dos direitos fundamentais e a chamada “Concretização da Constituição” pressupõem decisões políticas de cunho constitucional. Surge assim o problema de se delimitar o órgão competente para a tomada dessas decisões: a questão de se estabelecer um guardião legítimo da Constituição.<sup>9</sup> Evidencia-se assim a problemática da legitimidade da jurisdição constitucional, tão debatida nesse momento por Kelsen e Schmitt na tentativa de resolvê-la ao criarem mecanismos institucionais da tutela de direitos fundamentais.<sup>10</sup>

Para solucionar a questão da legitimidade num paradigma de Estado Democrático faz-se necessária ainda a reflexão sobre um terceiro aspecto do controle jurisdicional de constitucionalidade: **o aspecto processual**, por meio do qual se concebe as decisões num sistema constitucional como jurídicas e políticas ao mesmo tempo, na medida em que não é possível separar essas duas dimensões. Nesse sentido, a legitimidade da jurisdição constitucional faz objeção à busca por um único guardião da Constituição<sup>11</sup>, tendo em vista que não se pode dar a um único ente a competência para estabelecer a interpretação dos direitos fundamentais numa sociedade plural como a contemporânea, sob pena de se homogeneizar nacionalmente o seu conteúdo, ideologizando uma Constituição que se pretende democrática. Nesse contexto, é imprescindível refletir sobre a proposta de Peter Haberle para a hermenêutica constitucional: estabelecer uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, de tal modo que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos não sendo possível estabelecer-se um elenco *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”<sup>12</sup>.

Quanto à face jurídica do controle de constitucionalidade, só se pode pensar, num Estado Democrático de Direito, um modelo constitucional de processo que garanta o amplo debate acerca dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, regule as ações dos atores-intérpretes segundo a principiologia processual-constitucional. Dessa forma, mantém-se a contínua tensão entre normatividade e politicidade. Isso só é possível através do respeito ao

<sup>7</sup> BONAVIDES (2005; p. 299)

<sup>8</sup> BONAVIDES (2005; p. 297)

<sup>9</sup> LOPES (2006; p.39)

<sup>10</sup> Referimo-nos ao debate Kelsen-Schmitt acerca da entidade legítima a quem caberia a tutela da Constituição. Partindo de concepções diametralmente opostas, Kelsen e Schmitt chegam às seguintes conclusões: enquanto Schmitt defende ser o presidente do Reich o guardião mais adequado da Constituição, Kelsen sustenta a necessidade de criação de um tribunal constitucional a quem caberia, com exclusividade, a guarda da Constituição.

<sup>11</sup> HABERLE (1997)

<sup>12</sup> HABERLE (1997; p. 13)

devido processo legal e a seus corolários, o contraditório e a ampla defesa. Daí a importância do controle difuso de constitucionalidade, tema deste trabalho.

Não se pode, como visto, num Estado Democrático de Direito, desfazeremo-nos de qualquer dos três aspectos do conceito aqui exposto de controle de constitucionalidade. O aspecto formal, enquanto fundamento do **Estado de Direito** frente a um puro decisionismo do Estado da política; o aspecto material, enquanto fundamento de um **Estado Democrático**, no sentido da efetivação dos direitos fundamentais de todos, sobretudo das minorias; e o aspecto processual, enquanto fundamento da síntese, em um **Estado Democrático de Direito**, da tensão entre direito e democracia<sup>13</sup>, da qual a resultante não pode ser senão a garantia da legitimidade das decisões e, ao mesmo tempo, de sua validade jurídica, tendo em vista a supremacia da Constituição.

Conceituando, portanto, o sistema judicial de controle de constitucionalidade na contemporaneidade, podemos identificá-lo como **um conjunto de técnicas processuais de defesa da supremacia da Constituição frente as normas jurídicas infra-constitucionais que permite a devida efetivação dos direitos fundamentais por meio de um modelo constitucional de processo respaldado no devido processo legal e capaz de garantir tanto a legitimidade das decisões quanto a força normativa da Constituição**. É sob esse conceito de controle de constitucionalidade, sintetizado a partir da evolução histórica e teórica da jurisdição constitucional, que vamos analisar a abstrativização da sua modalidade difusa no Brasil.

### 3 O CONTROLE DIFUSO-INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

#### *O controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro*

O surgimento do controle difuso de constitucionalidade no Brasil tem relação intrínseca com a criação do Supremo Tribunal Federal (STF) nos primórdios da República. O STF foi instituído pelo decreto 848 de 11 de outubro de 1890, sendo entendido pelos doutrinadores como uma instituição de salvaguarda dos interesses da República frente a ameaça monarquista que controlava grande parte do legislativo<sup>14</sup>. É respaldado nessas questões de índole política que surge no Brasil um tribunal concebido para atuar nos moldes do controle de constitucionalidade norte-americano tendo por escopo opor freios aos “excessos do legislativo” como se pode extrair da exposição de motivos do decreto 848, segundo a qual o tribunal,

Não é instrumento cego, ou mero intérprete do poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe aparecer conforme ou contrária à lei orgânica. O poder de interpretar as leis envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição(...) É a vontade absoluta das assembleias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas (...). Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao poder judiciário, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.<sup>15</sup>

Envolvido na divulgação do sistema americano, Rui Barbosa, atuou quase solitário entre os operadores do Direito nos estudos da viabilidade de sua implantação no Brasil. Foi o mais influente jurista na consolidação do STF, sobretudo, por sua atuação como guardião de direitos fundamentais por meio do manejo do *habeas corpus* (HC). Remédio ainda pouco conhecido e utilizado pelos juristas brasileiros, desde sua introdução no Brasil em 1832 com a

---

<sup>13</sup> HABERMAS (1997)

<sup>14</sup> STRECK (2004; p. 424)

<sup>15</sup> Trecho da exposição de motivos do decreto 848 encontrado em BALEEIRO (1968; p. 20); e em STRECK (2004, p. 423)

edição do Código de Processo Penal, e mesmo após sua constitucionalização em 1891.<sup>16</sup> O HC era a única ação garantidora dos direitos fundamentais no Brasil, o que incumbiu ao gênio de Rui vislumbrar a ampliação de seu campo de incidência, não o restringindo à liberdade de locomoção, transformando-o em sucedâneo dos outros *writs* norte-americanos. Tinha início então a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”<sup>17</sup>, a partir da qual o STF, em alguns poucos casos, pode promover a salvaguarda de liberdades fundamentais suplantando as pressões políticas do executivo.

O controle difuso de constitucionalidade, entretanto, foi introduzido em *terrae brasilis* por um ato formal, enquanto nos Estados Unidos ele se consolidou com a prática reiterada dos tribunais na garantia da Constituição e dos direitos fundamentais frente às normas infra-constitucionais. Nesse sentido, enquanto nos Estados Unidos se percebe uma evolução histórica mais espontânea do sistema, no Brasil tentou-se introduzir abruptamente um sistema inovador em uma comunidade jurídica conservadora, ainda extremamente apegada à velha tradição monarquista, como aponta Baleeiro:

(...)Devia ser algo de revolucionário a provectoros juízes de instituições áulicas (...) a idéia de declararem inconstitucionais as leis, negando-lhes a eficácia no caso concreto trazido a seu julgamento, ou anulando atos do legislativo e do executivo. (...) tradicionalistas, leais às instituições monárquicas, esses magistrados, cujos nomes estão esquecidos, aderiram à república, mas, no fundo da mentalidade, eram prisioneiros do passado a que pertenciam.<sup>18</sup>

Verifica-se ainda que nos termos do art. 59 da constituição de 1891 o controle de constitucionalidade feito pelo STF derivou-se também da necessidade de se controlar as decisões do judiciário dos estados, sobretudo após a consolidação do entendimento por seus ministros de que a Constituição lhes havia outorgado não um controle pleno, mas restrito à apreciação das leis estaduais perante ela.<sup>19</sup> A Constituição de 1891, porém, não previu a possibilidade de uma uniformização da jurisprudência pelo STF, vez que as decisões emanadas do controle difuso só poderiam surtir efeitos *inter partes*, pois a questão constitucional era tratada *incidenter tantum*.

Urgia ,pois, um método de controle das decisões da jurisdição ordinária dos estados, a fim de garantir a coercibilidade do direito evitar o arbítrio. Daí aponta Cappelletti a inconsistência da introdução do método difuso em sistemas romano-germânicos para essa finalidade:

(...) Pois bem, a introdução, nos sistemas de civil law, do método americano de controle levaria à conseqüência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. (...) A conseqüência, extremamente perigosa de tudo isso, poderia ser uma grave situação de conflito entre os órgãos e de incerteza do direito, situação pernicioso, quer para o indivíduo , quer para a coletividade e o Estado.<sup>20</sup>

Diante desse déficit de coercibilidade e segurança jurídica do sistema, uma solução apontada pela história brasileira durante o século XX foi o fenômeno que, com propriedade, Silvia Regina Pontes Lopes chamou de germanização da jurisdição constitucional brasileira<sup>21</sup>.

De fato, seguidos institutos do modelo germânico foram aos poucos introduzidos no

<sup>16</sup>Sobre essa fase histórica do Controle de Constitucionalidade Brasileiro consultar: BALEEIRO (1968); STRECK (2004, p. 416-453); BITTENCOURT (1976)

<sup>17</sup>SOUZA CRUZ (2004; p. 281)

<sup>18</sup>BALEEIRO (1968; p.18-19)

<sup>19</sup>STRECK (2004; p. 427)

<sup>20</sup>CAPPELLETTI (1992; p.77)

<sup>21</sup>LOPES (2006; p.42)

país pelas constituições e pela legislação. A Constituição de 1934 introduziu formalmente o controle concentrado de constitucionalidade, mas restrito à ação interventiva, e criou a possibilidade de dar efeitos *erga omnes* às decisões do STF em última instância, pela suspensão pelo Senado da norma impugnada. A constituição de 1946 transmudou a ação interventiva, que fazia a análise da constitucionalidade da norma da União deflagrada da intervenção para a análise da compatibilidade do direito dos estados com os chamados princípios constitucionais sensíveis. Em 1965 é introduzido no Brasil o sistema concentrado por meio da criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Mas esse processo de germanização não termina aí, podendo-se aferi-lo ainda em 1977, com o surgimento da arguição de relevância e da ação avocatória, bem como ,em 1988, com a manutenção do controle concentrado pela Constituição e a introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade a partir da emenda constitucional n.º 03 de 1993.

No entanto, a própria Constituição de 1988 não deixou de prever o controle difuso, evidenciando o relevante papel desse sistema para a jurisdição constitucional. Porém o sistema difuso vem sofrendo modificações em sua estrutura na mesma linha do processo de germanização: a transformação de seus institutos em instrumentos de controle abstrato.

Cumpra ponderar que, em prol da coercibilidade (força normativa), esse processo de abstrativização nos moldes em que vem sendo tratado no Brasil tem gerado um alto déficit de legitimidade da jurisdição constitucional. Afinal, os fenômenos a seguir apontados vêm minando o modelo constitucional do processo como garantidor de um amplo debate acerca dos direitos fundamentais.

Nessa medida, cumpre analisar o fenômeno sem perder de vista os três aspectos que formam nosso conceito de controle de constitucionalidade. Com o fim de que se possa manter a contínua da tensão entre direito e democracia, da qual a resultante deve ser tanto garantia da **legitimidade** das decisões, quanto de sua **coercibilidade (força normativa)**, sem que um desses aspectos suplante o outro, tendo em vista que isso inviabilizaria a própria noção da síntese de um Estado Democrático e de Direito.

#### 4. A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Cumpra, de início, estabelecermos um conceito de Abstrativização mais ou menos capaz de congrega todas as modificações legislativas e jurisprudenciais a que faremos referência, numa clara tentativa de fazer convergir os pontos importantes destes fenômenos dentro uma mesma categoria científica.

Por Abstrativização entende-se **a gradativa utilização dos instrumentos do controle difuso de constitucionalidade como sucedâneos para aplicação de efeitos inerentes à decisão proferida em controle abstrato, inerentes à análise em tese da norma infraconstitucional.**<sup>22</sup>.

A doutrina tem expressamente identificado esse fenômeno argumentando que a distinção entre os meios abstrato e difuso de jurisdição constitucional torna-se contemporaneamente cada vez mais e mais nublada. Essa argumentação se sustenta sobretudo em dois pressupostos: A gradativa modificação, em sede legislativa e jurisprudencial dos efeitos da decisão em controle difuso (abstrativização) e as alterações atinentes às regras e princípios processuais desse mesmo sistema (objetivação do procedimento do controle difuso).

No que se refere à abstrativização, a doutrina tem apontado argumentos no sentido de que as decisões do plenário do STF, inclusive as prolatadas em controle difuso, são dotadas, tal como no controle concentrado, dos efeitos vinculante e *erga omnes*. Esse é o entendimento por exemplo de Gilmar Mendes. Nesse sentido, o referido autor propõe uma reinterpretação (mutação constitucional) do art. 52, X da Constituição Federal, tornando inócua a resolução suspensiva do Senado, uma vez que o próprio plenário do STF deve modular os

---

<sup>22</sup>DIDIER JR (2007; p. 105)

efeitos da decisão em controle difuso.<sup>23</sup>

Essa interpretação tem fundamento na sustentação por parte dos estudiosos do modelo continental de controle de constitucionalidade de que o movimento de ampliação do sistema concentrado pela constituição de 1988 e pela legislação que se seguiu restringiu sobremaneira a função do controle difuso<sup>24</sup>. Nesse sentido, seria necessário atualmente compreender a presença desse sistema no país como mero complemento ao controle concentrado. Nessa medida, os efeitos da decisão do STF em sede de recurso extraordinário devem alcançar os mesmos objetivos daquele proferido sede de ADI, afinal, como argumenta Dirley da Cunha Jr, onde estria “a lógica disso já que – seja decidindo *incidenter tantum* ou *principaler tantum*- o órgão prolator da decisão é o mesmo?”. Destarte, no que tange à determinação do art. 52, X da Constituição isso suscitaria, entre nós,

a necessidade de se repensar o papel do STF no controle difuso de constitucionalidade. Enquanto corte constitucional, qual a razão de fazer depender da intervenção do senado os efeitos *erga omnes* da decisão do Supremo que declara a inconstitucionalidade de lei em face do caso concreto? Será que o STF deixa de ser Corte constitucional só porque a inconstitucionalidade foi declarada à luz de uma controvérsia entre as partes?<sup>25</sup>

O controle concentrado, porquanto originário dos sistemas de *civil law*, teria no Brasil suas características transpostas para o controle difuso, sobretudo a partir das recentes modificações legislativas acerca do processo constitucional. Respalado nesses argumentos de ordem histórico-teórica, disserta Gilmar Mendes, por exemplo, – que a inovação trazida em 1934 – a competência do Senado para emprestar eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade do STF – já nascera obsoleta, pois, desde 1919 (Constituição de Weimar) e 1920 (Constituição da Áustria), fala-se na eficácia *erga omnes* das Cortes Constitucionais, independentemente da intervenção de outro agente estatal.<sup>26</sup>

Tal movimento põe em causa a própria distinção entre controle difuso e concentrado, o que nos parece em desacordo com a Constituição, na medida em que esta prevê expressamente os dois sistemas, conferindo-lhes objetivos diferentes. Ridicularizar o papel do Senado dando poderes ao STF de manipular os efeitos de sua decisão é colocar em causa a integridade do sistema e de seus institutos, como a coisa julgada e os princípios constitucionais do processo.<sup>27</sup>

Baseados nos mesmos argumentos, aponta a doutrina do sistema continental que a valorização dos precedentes (súmula vinculante, súmula impeditiva de recurso, etc.) sobretudo do STF, denota o mesmo efeito de confundir os sistemas difuso e concentrado, na medida em que o aspecto vinculante em decisões emanadas de controle difuso, é própria do sistema abstrato. Nesse mesmo sentido, ao fazer alusão ao *Judicial Review* norte-americano alguns autores demonstram que mesmo nesse sistema a Suprema Corte desempenha um papel determinante, semelhante aos tribunais constitucionais do sistema continental, em

---

<sup>23</sup>Em questão de ordem na reclamação 4335-5 vem sendo debatido o papel do senado (art. 52,X da CR/88) na conformação da eficácia *erga omnes* das decisões do STF em controle difuso. os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau defendem a ocorrência de uma mutação constitucional do art. 52, X da CR/88, reduzindo a função do senado.

<sup>24</sup> MENDES(1999; p. 256-257)

<sup>25</sup> CUNHA JR (2007; p. 73)

<sup>26</sup> MENDES *apud* POGLIESE (2008; p.131/132)

<sup>27</sup> Ver nesse sentido a decisão proferida no HC 82959, sobre a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime. O STF desconsiderando o debate nos tribunais e modificando sua interpretação já consagrada em decisões anteriores deu efeitos *erga omnes* e *ex tunc* a essa decisão. Assim, uma única decisão, em votação apertada de 6 X 5, contrária ao que o próprio tribunal vinha decidindo, abre espaço para, em casos concretos já transitados em julgado, promover a progressão do regime de apenados, sem se atentar para a individualidade de cada caso. Dessa forma, o sistema cai em contradição na medida em que o fundamento da decisão no HC 82959 foi exatamente a individualização da pena. Uma declaração em controle concentrado, nesses 15 anos de vigência da norma evitaria o problema.

virtude da existência do princípio do *stare decisis* ( eficácia vinculante):

A consequência prática disso [do *stare decisis*], de onde o sistema a sua funcionalidade, é que mesmo decidindo um caso concreto, as decisões da *supreme court* produzem eficácia erga omnes, vinculando a todos(...)O princípio do *stare decisis* provoca uma verdadeira transformação em pronunciamento com eficácia erga omnes daquele que seria uma pura e simples cognição incidental com eficácia limitada ao caso concreto.

É nesse sentido, por exemplo, que Mauro Cappelletti aduz que uma lei americana declarada inconstitucional pela suprema corte, embora permaneça “*on the books*”, é tornada “*a dead law*”, uma lei morta.<sup>28</sup>

Isso conforma, porém, uma interpretação equivocada do sistema norte americano de vinculação jurisprudencial, que no Brasil é respaldada por um senso comum teórico baseado num arcaico positivismo lógico-dedutivo. Não se compreendendo, assim, o formato discursivo da vinculação dos nossos precedentes (ou do *stare decisis* nos Estados Unidos) em meio incidental de jurisdição. Como a frente verificaremos a existência dos precedentes não pressupõe uma subsunção automática mas opera como meio hermenêutico na decisão do caso concreto.

*Exemplos do fenômeno: modificações na jurisprudência e legislação processual brasileira*

As duas mais importantes manifestações da chamada abstrativização são a modificação do incidente de inconstitucionalidade em tribunal, e a modificação do recurso extraordinário. Sobre elas dedicaremos pontos específicos. Quanto às outras verifiquemos a seguir:

Em primeiro lugar, devemos nos atentar para as reformas na legislação processual que estabeleceram a transcendência dos efeitos da decisão dos tribunais, sobretudo do STF, para além do caso sob exame. Todos os dispositivos a seguir têm a mesma *ratio* relativamente à força vinculante da jurisprudência dos tribunais:

**A)** O art. 557 do CPC, com a redação dada pela lei 9756/98, estabelece um novo requisito de admissibilidade dos recursos: o não confronto do recurso com súmula ou jurisprudência dominante do STF, STJ ou do próprio tribunal. Por sua vez, o §1º-A confere poder ao relator para julgar de plano o recurso se a decisão recorrida estiver em confronto com os referidos precedentes; **B)** Nesse mesmo sentido, o §1º do art.518 do CPC institui a chamada súmula impeditiva de recurso, impossibilitando a admissão de apelação de sentença baseada sem súmula do STJ ou do STF; **C)** O art 475 §3º, por sua vez, institui uma exceção ao reexame necessário, quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário ou súmula do STF, ou em súmula do tribunal superior competente; **D)** Agora para além do sistema recursal, o art. 285-A do CPC instituiu a possibilidade de julgamento liminar de causas repetitivas, antes mesmo da citação, quando a matéria for unicamente de direito e no juízo já houver sido prolatada sentença de total improcedência em outros casos idênticos; **E)** Já no âmbito dos juizados especiais federais, o §5º do art. 321 do regimento interno do STF estabelece que a decisão do STF em recurso extraordinário é vinculante para as turmas recursais.

No que se refere à jurisprudência o fenômeno se verificou em vários episódios, dentre os quais se destacam:

**A)** O STF, no julgamento do HC n. 82.959, ao considerar inconstitucional o §1º do art.2º da lei dos crimes hediondos, aplicou o art. 27 da lei 9868/99 para dar eficácia *ex nunc* à sua decisão, e lhe conferir eficácia *erga omnes*. No mesmo sentido o voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 197.917-8-SP; **B)** O TSE, diante do julgamento do RE 197-917-SP (DJ, 27.02.2004), conferindo eficácia vinculante e *erga omnes* à interpretação do STF, editou a

---

<sup>28</sup> CAPPELLETTI (1992; p. 81)

resolução n.21.702/2004, na qual adotou o posicionamento da corte suprema. Essa resolução foi, então, debatida em duas ADI (3345 e 3365, rel. Min. Celso de Mello), que foram rejeitadas, sob o argumento de que o TSE, ao expandir a interpretação constitucional definitiva do STF, “Guardião da Constituição”, submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição<sup>29</sup>. Observa-se que uma decisão proferida em controle difuso passa a ter efeitos próprios do controle concentrado; **C)** O STF tem admitido reclamação constitucional de casos de desobediência de suas decisões proferidas em controle difuso, ainda que não exista súmula vinculante, como no HC 82.959; **D)** Como já visto, o STF vem debatendo o papel do Senado (art. 52, X da CR/88) na conformação da eficácia erga omnes de suas decisões em controle difuso de constitucionalidade.

### *O recurso extraordinário*

Uma transformação que merece atenção especial é aquela operada na seara do recurso extraordinário. Orientações tanto de ordem legislativa quanto jurisprudencial têm contribuído para o fortalecimento de uma nova concepção do recurso extraordinário que pode ser resumida nas palavras do ministro Gilmar Mendes:

Esse instrumento [RE] deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir; a função de defesa da ordem constitucional objetiva. (...) A função do Supremo nos recursos extraordinários(...) não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano(...). O processo entre as partes, trazido à corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos. (REMC 376852, DJ 27.03.2003)

No que se refere às inovações legislativas no recurso extraordinário deve-se atentar para a criação de um novo requisito de admissibilidade: a repercussão geral. A emenda constitucional nº 45/04, acrescentou o §3º ao art. 102 estabelecendo que o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais debatidas no caso, afim de que o tribunal examine a admissibilidade do recurso, somente podendo recusá-lo mediante manifestação de dois terços de seus membros. A lei 11.418/06 regulamentando tal dispositivo constitucional acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, estabelecendo os conceitos inerentes ao instituto e criando seu exame por amostragem.

A repercussão geral constitui, portanto, um requisito de admissibilidade pautado na relevância da questão constitucional, do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Nesses termos, observa-se que a repercussão geral é um instrumento que tenta estabelecer uma justificativa para a transcendência da decisão do STF em sede de recurso extraordinário.

O exame por amostragem (art. 543-B do CPC) é outro instrumento de desafogo do STF, pautado na pretensa identidade das questões suscitadas em processos diferentes. Ou seja, o juízo de admissibilidade em um processo transcende aos outros que tenham “repercussão idêntica”.

A repercussão Geral no recurso extraordinário remonta à antiga argüição de relevância da questão federal, que permitia o STF selecionar os casos a serem julgados, sendo estes tomados como *Standards* argumentativos para outros casos<sup>30</sup>. Tal instituto impede o acesso à corte constitucional, na medida em que, por meio de um conceito indeterminado de interesse público (relevância política, econômica etc.), o STF pode discricionariamente deixar de admitir os recursos. Nesse sentido, impede-se a formação democrática das decisões na medida em que os interessados não podem participar discursivamente de sua formulação. Da mesma

<sup>29</sup> Informativo do STF nº 398, disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 26.12. 2008.

<sup>30</sup> BAHIA (2008; p. 368)

maneira, as peculiaridades dos casos e a argumentação desenvolvida pelos advogados se tornam impossibilitadas de influenciar o Tribunal em suas decisões e na formação de sua jurisprudência.

Não se esqueça que é até certo ponto legítimo o interesse na uniformização da jurisprudência do STF e no seu tratamento como corte constitucional que há por trás desse instituto. O STF é sim corte constitucional que deve julgar questões relevantes para o país como forma de garantir força normativa à Constituição (aspecto material). No entanto, a formação uniformizante da jurisprudência constitucional não pode perder de vista o caso que tem diante de si e o debate em contraditório assegurado pela Constituição (aspecto processual do controle de constitucionalidade), sob pena de se constituir uma noção solipsista da interpretação constitucional, com poderes discricionários aos ministros do STF de se admitir ou não um recurso extraordinário tendo em vista o que eles entendem por relevância política, econômica etc<sup>31</sup>.

#### *A formação discursiva da ratio decidendi: garantia de força normativa e legitimidade na análise do precedente vinculante*

Diante do conceito de controle de constitucionalidade construído neste trabalho é imperioso reinterpretar algumas das modificações de forma que elas se tornem condizentes com a jurisdição constitucional de um Estado Democrático de Direito. Nesse passo, destaca-se que algumas dessas modificações não constituem verdadeiramente uma abstrativização, na medida em que nelas não se confundem os efeitos produzidos com aqueles próprios do controle abstrato.

As alterações recentemente promovidas no sistema recursal do Código de Processo Civil (art. 557 caput e §1º-A; art.518 §1º; art. 475, §3º; art.285-A; art.481, parágrafo único; etc), a jurisprudência que institui a força vinculante dos precedentes do STF, bem como a instituição da súmula vinculante, não fazem confundir os efeitos do controle difuso com os do controle abstrato. Na verdade a abstrativização tem se operado nessa seara na medida em que o judiciário brasileiro tem interpretado de forma equivocada o efeito vinculante dos precedentes que esses dispositivos proporcionam.

É que esses institutos não instituem uma vinculação da jurisprudência nos moldes da vinculação legislativa, isto é, uma subsunção formal. Instituem, em verdade, uma vinculação discursiva pela fundamentação do julgado, pela sua *ratio decidendi*<sup>32</sup>. Esse conceito é importantíssimo para uma nova hermenêutica constitucional em que a coercibilidade jurídica (vinculatividade) só possa surgir a partir do discurso livremente realizado entre os atores judicantes<sup>33</sup>, de tal forma que apenas a partir da motivação racional da decisão poderemos saber qual a interpretação constitucionalmente adequada ao caso concreto (e daí aplicar ou não a jurisprudência vinculante).

Assim, devem os juízes perquirir se há ou não equivalência entre a chamada *ratio decidendi* do precedente e a do caso a ser julgado. Por *ratio decidendi* entende-se a norma jurídica criada e contida na fundamentação do julgado<sup>34</sup>, isto é, é a razão dada pelo juiz para a decisão judicial<sup>35</sup>, trata-se das questões de fato e/ou de direito tomadas como fundamentos indispensáveis no raciocínio da decisão judicial. Dela se difere a *obiter dictum*, que constituem juízos acessórios, que não tenham influência relevante na tomada de decisão.

Observa-se que a vinculação pela *ratio decidendi*, não é efeito próprio do controle concentrado, mas tributária da história do *stare decisis* norte-americano da qual se originou o controle de constitucionalidade brasileiro. Nesse sentido é preciso entender que “embora

<sup>31</sup> BAHIA (2008; p.368-370)

<sup>32</sup> SOUZA (2006; p. 126)

<sup>33</sup> HABERMAS *apud* SOUZA CRUZ (2004, p. 224)

<sup>34</sup> DIDIER JR (2007; p. 101)

<sup>35</sup> SOUZA (2006; p.126)

comumente se diga que a doutrina do *stares decisis* significa que as cortes devem seguir o precedente existente quanto ao caso em julgamento, na verdade o que as cortes estão obrigadas a seguir é a *ratio decidendi* deste precedente<sup>36</sup>.

Nesse passo, é necessário também compreender a possibilidade de, no cotejo entre o precedente e o caso em julgamento, se operar o *distinguishing*, o *overruling* e a *reversing*<sup>37</sup>, para poder aplicar ou deixar de aplicar o primeiro no segundo. Isso porque a vinculação é discursiva, se operando pelo debate regulado entre as partes. Tomemos como exemplo o mais importante dentre os já citados fenômenos de jurisprudência vinculante no controle difuso:

#### *O incidente de inconstitucionalidade em Tribunal*

Uma das mais importantes modificações do controle de constitucionalidade é a alteração do incidente de inconstitucionalidade nos tribunais operada pela lei 9756/98. Como se sabe, no incidente de inconstitucionalidade a questão constitucional surge no desenrolar da lide, não como ponto principal do conflito de interesses, mas como premissa para a fundamentação de um direito, cuja titularidade se analisa<sup>38</sup>. É uma questão prejudicial em relação ao pedido principal. Por questão prejudicial entende-se os pontos controvertidos de fato ou de direito *“que constituem antecedente lógico para o conhecimento da pretensão do autor, mas que não são decididos pelo juiz da causa, e sim, resolvidos por ele”*<sup>39</sup>.

Em primeiro grau de jurisdição, o magistrado realiza sozinho esse procedimento, mas, no âmbito dos tribunais, a aferição dar-se-á, por força do art. 97 da CR/88 (reserva de plenário), por meio de uma decisão colegiada do pleno do tribunal ou de um órgão especialmente constituído para esse fim<sup>40</sup>.

A arguição de incidente de inconstitucionalidade é regulada no CPC pelos art. 480 a 482. Interessa-nos discutir aqui a inserção do parágrafo único ao artigo 481 do CPC pela lei 9756/98, porquanto revela o mais evidente caso de abstrativização no controle difuso dos tribunais de segunda instância brasileiros. O referido dispositivo assim dispõe:

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Como se desprende de seu texto, o parágrafo único estabelece uma exceção à submissão da questão constitucional ao plenário/órgão especial, com base em decisões anteriores do próprio órgão ou do plenário do STF. Observa-se que as decisões tomadas pelo pleno dos tribunais e pelo STF produzirão efeitos que transcendem à própria relação jurídico-processual da qual se originaram. Esses efeitos são tidos como próprios do controle abstrato, porquanto vinculam o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades. De fato, nos moldes em que a vinculação das decisões anteriores vem sendo tratada pelo judiciário brasileiro, observa-se o fenômeno da abstrativização, na medida em que o nosso judiciário não vê a possibilidade de o órgão fracionário deixar de aplicar (*distinguishing*) a jurisprudência vinculante, considerando as peculiaridades do caso e o discurso das partes em contraditório. Entretanto, essa interpretação da comunidade jurídica é produto da incompreensão da possibilidade de, no sistema romano-germânico, se introduzir uma metodologia de vinculação da jurisprudência de um sistema incidental, sem que se fale em

<sup>36</sup> SOUZA (2006; p.125)

<sup>37</sup> Possibilidades de não aplicação, revogação e reforma do precedente, respectivamente. SOUZA (2006).

<sup>38</sup> CANOTILHO (1999; p.792)

<sup>39</sup> MARINONI (2007; p. 154)

<sup>40</sup> POGIESE (2008; p. 161)

análise em tese da constitucionalidade. Não há análise em tese no controle incidental, o juiz sempre está julgando um caso nesse âmbito<sup>41</sup>.

Por outro lado, no mesmo preconceito incorrem os que argüem a inconstitucionalidade do dispositivo, sob o fundamento de haver ali uma violação da reserva de plenário do art. 97 da CR/88. SOUZA CRUZ<sup>42</sup> argumenta, por exemplo, que a nova redação do art. 481 do CPC estaria violando a idéia de formação democrática das decisões judiciais, atentando-se contra o contraditório e a livre apreciação do judiciário sobre as matérias que se lhe apresentam. Pensamos, porém, que esse problema advém menos da estrutura desse novo sistema que da mentalidade positivista-clássica dos membros do nosso judiciário. É que o parágrafo único do art. 481 também institui uma vinculação em moldes discursivos.

Destarte, o órgão fracionário, ao analisar a argüição, não está obrigado a aplicar de pronto o precedente vinculante. Deve ele verificar se a *ratio decidendi* do precedente é a mesma do caso a ser julgado, a partir das peculiaridades do caso, bem como da argumentação das partes no debate em contraditório. Observa-se que não é uma faculdade (discricionariedade) do órgão fracionário, submeter ou não a questão constitucional ao plenário/órgão especial. Ele deverá **obrigatoriamente** fazê-lo – sob pena de violar o art. 97 da Constituição – se verificar distinção entre a *ratio decidendi* do precedente e a do caso a ser julgado. Não está obrigado, porém, a aplicar subsuntivamente o precedente se não verificar essa incompatibilidade, ou se suas motivações racionais (fundamentação) tenderem para uma decisão diferenciada. De qualquer forma, deverá o magistrado fundamentar sua decisão, tanto se aplicar o precedente quanto se não o fizer. O mesmo se pode dizer da aplicação dos outros dispositivos mencionados do CPC que estabelecem uma vinculação jurisprudencial dando poderes de admissibilidade ao relator.

Assim, afasta-se a idéia de engessamento da jurisprudência, pois se abre a possibilidade de modificação da interpretação pelos atores judicantes. Por outro lado, garante-se a força normativa da Constituição, já que não se deixa ao arbítrio do juiz a definição da interpretação. Nessa medida, a racionalidade discursiva do debate respeitará tanto a abertura interpretativa da Constituição (aspecto processual) como a segurança de uma construção uniforme (aspecto formal) da resposta constitucional adequada ao no caso concreto (aspecto material).

Observa-se ainda que a reserva de plenário não é violada. É que o art. 97 da CR/88 estabelece um desvio de competência quando argüida a inconstitucionalidade. Somente o plenário ou órgão especial dos tribunais tem competência para apreciá-la. Nesse sentido, se o caso é idêntico – não identificando o órgão fracionário *ratio decidendi* diversa, ao mesmo tempo em que o discurso processual se delinea para as mesmas motivações – a aplicação dos precedentes a que se refere o parágrafo único do art. 481 do CPC não violará o art. 97 da CR/88, pois a apreciação pelo plenário/órgão especial já foi feita. Garante-se assim a coercibilidade da interpretação constitucional já produzida. Em contrapartida, se o órgão fracionário não identifica similitude no discurso ou verifica peculiaridades daquele caso, deve ele submeter ao plenário/órgão especial a argüição, com o escopo de permitir ao plenário reformar a jurisprudência mediante nova análise da matéria diante dos novos argumentos bem como das peculiaridades do novo caso. No Brasil, todavia, a prática jurídica vem entendendo a alteração trazida pelo parágrafo único do art. 481 do CPC de forma diversa, vislumbrando a criação de uma verdadeira análise em tese da questão constitucional no controle difuso.

Os operadores do direito entendem que a declaração de inconstitucionalidade no incidente, tem os mesmos atributos da declaração proferida em sede de controle concentrado, isto é, produzem efeito *erga omnes* e vinculante sempre incontestáveis. Um equívoco que, no outro extremo, leva outros doutrinadores a defenderem a inconstitucionalidade do

---

<sup>41</sup>BAHIA (2008; p. 363)

<sup>42</sup>SOUZA CRUZ (2004; p. 349)

dispositivo.

Todavia, a declaração de inconstitucionalidade no controle incidental projeta diferentes efeitos em relação àquela proferida em sede concentrada, como demonstra a história do controle difuso brasileiro e seu baluarte norte-americano. A declaração de inconstitucionalidade no controle difuso não pode se esquivar do caráter incidental do meio no qual é proferida e, nesse sentido, não se pode separar o juízo de inconstitucionalidade da aplicação ao caso concreto<sup>43</sup>. O sistema difuso nasceu e foi construído nos moldes norte-americanos. Contudo tem se amoldado incorretamente para funcionar numa concepção romano-germânica clássica, o que prejudica sobremaneira a sua compreensão.

### *O precedente no contexto brasileiro*

Nessa medida a análise de qualquer precedente no contexto brasileiro deve perpassar a discussividade inerente aos processos judiciais. Não se olvide que eles possuem a função de uniformização da jurisprudência nacional, mas o fazem exatamente por meio do debate entre os atores judicantes. O precedente não deve ser compreendido como uma expressão prescritiva que pretende, em moldes positivistas, abarcar o-maior-número-de- hipóteses-fáticas-possíveis<sup>44</sup>. São na verdade *standards* argumentativos que operam na tentativa de promover a integridade do direito a partir da unidade da interpretação.

Assim, numa sociedade hiper-complexa como a contemporânea, qualquer pretensão de lógico-abstrata de tolher a hermenêutica está fadada ao insucesso, por cair na mesma contradição do positivismo clássico: abrir espaço à discricionariedade nos termos da Moldura Kelseniana de interpretação. A vinculatividade dos precedentes aparece na verdade como contribuição ao encontro da resposta constitucionalmente adequada<sup>44</sup>, na medida em que proporcionam uma vinculação quanto aos fundamentos inerentes a julgados anteriores. Como bem pondera, Souza Cruz, a “ identidade [entre as causas] não é trabalhada no campo do pedido das respectivas ações e sim, repita-se, na causa de pedir/fundamentação jurídica”<sup>45</sup>.

Nesse sentido os precedentes vinculantes não produzem efeitos imediatos e requerem até uma maior e mais complexa fundamentação dos julgados, em respeito ao dever constitucional de fundamentar todas as decisões (art. 93, IX). Seu caráter vinculativo/obrigatório diz respeito à *ratio* do julgado, que deve ser discursivamente demonstrada na fundamentação da decisão. Como exemplo disso, Marcelo Cattoni, em trabalho específico, demonstra como o TST vem criando um sentido de interpretação à súmula vinculante nº4 do STF.<sup>46</sup> O que demonstra que a súmula vinculante não tem aplicação automática como a retórica dominante teima em repetir. Isso ocorre porque para a regulação de uma sociedade plural e complexa somente por meio do discurso é possível resgatar a resposta jurídica adequada segundo os princípios constitucionais, conferindo-nos uniformidade e segurança.

## **5. CONCLUSÃO**

Como sustentáculo para a análise do fenômeno da abstrativização, estabeleceu-se como marco fundamental o conceito de controle de constitucionalidade – construído a partir de uma breve análise do constitucionalismo contemporâneo.

A partir desse fundamento teórico, compreendeu-se que esse fenômeno vem desconstituindo a função de canal jurídico democrático do processo constitucional<sup>47</sup> em função de uma visão passada a todos de que esse fenômeno é uma exigência da

<sup>43</sup> BAHIA (2008; p.367)

<sup>44</sup> STRECK. Hermenêutica Constituição e processo. In: CATTONI; MACHADO (2009; p. 3/27)

<sup>45</sup> SOUZA CRUZ (2004; p. 411)

<sup>46</sup> CATTONI. A súmula Vinculante nº4 e o desvio Hermenêutico do TST. In: CATTONI; MACHADO (2009; p.39)

<sup>47</sup> CATTONI ( 2001; p.11)

modernidade, apta a resgatar a credibilidade da justiça por meio de decisões vinculativas, sob o argumento de que isso permitiria uma prestação jurisdicional mais ágil e equânime, reproduzindo um senso de segurança e certeza positivistas ao ordenamento jurídico.<sup>48</sup> Ocorre, no entanto, que o que justifica a segurança jurídica e a legitimidade das decisões, no contexto de uma sociedade plural e democrática, são antes garantias processuais atribuídas às partes, principalmente a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões.<sup>49</sup>

É sob essa base teórica que compreende-se a força vinculante como meio hermenêutico para a fundamentação do julgado, e não como instrumento para analisar em abstrato questões constitucionais. Inegável a necessidade de uniformização da jurisprudência para a garantia de força normativa, mas é preciso entendê-la nos moldes da vinculação jurisprudencial do controle difuso<sup>50</sup>, sob pena de se fazer cair por terra a própria diferença entre controle concreto e controle abstrato. Destarte é possível reinterpretar as reformas processuais de acordo com o modelo constitucional de processo. Isso significa tomar os precedentes, como meios de garantir uma interpretação uniforme e adequada, analisando-se como visto a *ratio decidendi*. Garante-se assim a abertura da interpretação segundo a análise das peculiaridades dos casos e dos argumentos das partes. Afinal, como disserta Streck, no que se refere, por exemplo, às súmulas:

De todo modo, as súmulas não constituem um “mal em si”(…) Por isso é que, devidamente compreendidas como textos jurídicos e aplicadas a partir do respeito à integridade e à coerência do direito, aliando-se tais circunstâncias à estrita obediência do dever de fundamentar as decisões, as súmulas podem contribuir para a construção de respostas adequadas à constituição. A questão do combate ao ‘estado de natureza hermenêutico’ não reside, assim, nas súmulas, mas, sim, na pretensão metafísica do seu uso. Tudo dependerá da compreensão dogmática jurídica tratará do problema.<sup>51</sup>

Assim, identificamos que a adequação entre os aspectos material, formal e processual do controle de constitucionalidade, no que se refere ao tema da força vinculante, passa pela análise fundamentada da *ratio decidendi* do precedente e do caso a ser julgado. Isso significa que todas as decisões devem ser fundamentadas (em respeito ao art. 93, IX da CR/88). Tanto aquela que utiliza quanto a que deixa de aplicar o precedente. Essa é a única forma de garantir o controle jurídico-discursivo das decisões, ampliando o espectro de normatividade e legitimidade da interpretação constitucional. Aplicação pura e simples do precedente é uma afronta ao dever fundamental de justificar as decisões. (art. 93, IX da CR/88).<sup>52</sup>

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BALEIRO, Aliomar. **O supremo tribunal federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI,

---

<sup>48</sup> SOUZA CRUZ (2004; p. 446)

<sup>49</sup> Para estudos mais aprofundados sobre o tema consultar GONÇALVES (1992)

<sup>50</sup> SOUZA CRUZ (2004; p. 405)

<sup>51</sup> STRECK. In: CATTONI; MACHADO (2009; p.15)

<sup>52</sup> BAHIA (2008; p.368)

- Marcelo e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (org). **Constituição e Processo: A contribuição do Processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.
- CATTONI, Marcelo. **Uma justificação democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira e a inconstitucionalidade da lei 9868/99**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001.
- CATTONI, Marcelo; STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martônio Mont´ Alverne Barreto. A Nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso. **Revista da Faculdade de Direito da PUC Minas**, v. 10, n. 20.
- CATTONI, Marcelo; Marchado, Felipe Amorim (org). **Constituição e Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CUNHA JR, Dirley da. O princípio do stare decisis e a decisão do STF no controle difuso de constitucionalidade. In: CAMARGO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional**. Salvador: Juspodvm, 2007.
- DIDIER JR, Freddie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional**. Salvador: Juspodvm, 2007.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade abeta de intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. (Trad) Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LOPES, Silvia Regina Pontes. Pluralismo e Democracia na Jurisdição Constitucional: uma análise crítica do processo de ampliação do sistema abstrato de controle de constitucionalidade no Brasil. **REGA**, v. 8, p. 35-54, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. V.1. São Paulo: RT, 2006.
- POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal**. Salvador: Juspodivm, 2008.
- MENDES; Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva 1999.
- SRTECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá,

2006.