



# PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

---

**REFLEXÕES ACERCA DA TEORIA DA  
TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS  
DETERMINANTES A PARTIR DO STF**  
por

**PAULA UMBELINO DE SOUZA ALBERNAZ**

**ORIENTADOR: Fábio Carvalho Leite**

**2011.1**

---

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO**

**RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900**

**RIO DE JANEIRO - BRASIL**

# **REFLEXÕES ACERCA DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES A PARTIR DO STF**

**por**

**PAULA UMBELINO DE SOUZA ALBERNAZ**

**Monografia apresentada ao  
Departamento de Direito da  
Pontifícia Universidade Católica  
do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para  
a obtenção do Título de Bacharel  
em Direito.**

**Orientador: Fábio Carvalho Leite**

**2011.1**

## **Agradecimentos**

Agradeço, primeiramente, à minha família, pelo incentivo e apoio na minha formação integral. Aos meus chefes do escritório Lobo & Ibeas, que me ensinaram a prática da advocacia. Ao professor Fábio Leite, que desde os primeiros anos de faculdade, me ajudou a ter certeza da minha escolha profissional e de quem eu recebi todo apoio para a elaboração da presente monografia.

## Resumo

O presente trabalho tem como escopo apresentar algumas reflexões acerca da teoria da transcendência dos motivos determinantes a partir do STF e, sobretudo, analisar o seu entendimento a respeito de tal matéria.

Para isso, será apresentado um breve histórico do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, ressaltando as principais características de cada modelo de fiscalização que o compõe.

A Constituição Federal de 1988 manteve algumas incoerências decorrentes do convívio dos controles difuso e concentrado. A principal delas diz respeito à eficácia das decisões proferidas pelo STF. A teoria da transcendência dos motivos determinantes está intimamente vinculada à eficácia das decisões, posto que, para os seus defensores, deverão ser atribuídos efeitos vinculantes não somente ao dispositivo da sentença, mas também aos seus fundamentos determinantes.

Por fim, serão analisados os principais aspectos da teoria da transcendência dos motivos determinantes, tais como o seu significado, origem e as consequências de sua adoção. Através de uma análise jurisprudencial sobre a matéria, poderá ser constatado que, embora a jurisprudência atual afaste a aplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes, a questão ainda é polêmica no Supremo Tribunal Federal em razão da sua complexidade.

## Palavras-chave

Controle de constitucionalidade – eficácia *erga omnes* – efeito vinculante – STF – teoria da transcendência dos motivos determinantes

## **Sumário**

<b>Introdução.....</b>	<b>07</b>
<b>1. STF e o controle de constitucionalidade do direito brasileiro.....</b>	<b>09</b>
1.1. Considerações Preliminares.....	09
1.2. Controle concreto-difuso.....	11
1.3. Controle abstrato-concentrado.....	16
<b>2. Eficácia das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade.....</b>	<b>23</b>
2.1. Notas introdutórias.....	23
2.2. Eficácia <i>erga omnes</i> no controle concreto-difuso.....	25
2.3. Eficácia no controle abstrato-concentrado.....	27
2.3.1 Eficácia <i>erga omnes</i> .....	28
2.3.2 Efeito vinculante.....	30
<b>3. Teoria da transcendência dos motivos determinantes no STF.....</b>	<b>35</b>
3.1. Definição.....	35
3.2. Distinção entre <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> .....	39
3.3. Aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso de constitucionalidade.....	41
3.4. Súmula vinculante e a teoria da transcendência dos motivos determinantes.....	46
3.5. A teoria da transcendência dos motivos determinantes na jurisprudência do STF.....	49
3.5.1 Análise jurisprudencial: Rcl 2.363-0 x AgRg na Rcl 2.475-0.....	49
<b>Conclusão.....</b>	<b>60</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>62</b>

## **Lista de abreviações**

- CF - Constituição Federal.
- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.
- ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade
- ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- STF - Supremo Tribunal Federal
- STJ - Superior Tribunal de Justiça.
- EC – Emenda Constitucional.
- Art. - Artigo.
- Rcl - Reclamação.
- AgRg – Agravo Regimental.

## **Introdução**

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem como função primordial, desde a promulgação da primeira Constituição Republicana, a guarda e defesa da Constituição Federal.

Com a entrada em vigor do texto constitucional de 1988, um verdadeiro “sistema” de controle de constitucionalidade veio se formando paulatinamente no Brasil, dando fim à caracterização simplista de um modelo híbrido, formado por dois modelos estáticos (controles difuso e concentrado) e fortalecendo a competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, é de se notar que embora o sistema de controle de constitucionalidade tenha sido influenciado por diversos modelos estrangeiros e tenha sido aperfeiçoado aos poucos, questões polêmicas a seu respeito ainda são suscitadas, o que demonstra a existência de algumas lacunas em sua formação.

O Capítulo I pretende apresentar um breve histórico do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir do STF. Para isso serão ressaltados os principais aspectos de sua formação, dando ênfase às características essenciais dos controles difuso e concentrado.

O Capítulo II tem por finalidade abordar algumas incoerências mantidas pela Constituição Federal de 1988, decorrentes do convívio de dois modelos de fiscalização existentes no Brasil. A principal delas diz respeito à eficácia das decisões proferidas pelo STF, tanto em sede de controle abstrato como no controle difuso.

Hoje, a doutrina e alguns julgados do STF rumam para uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pelo STF, em que se discute a possibilidade da abstrativização do respectivo modelo de fiscalização.

O Capítulo III, por sua vez, irá apresentar importantes reflexões acerca do tema principal desta monografia: a teoria da transcendência dos motivos determinantes a partir do STF. Esta teoria está intimamente relacionada aos efeitos das decisões proferidas pelo STF. O STF vinha atribuindo efeito vinculante não somente ao dispositivo da sentença, mas, também, aos seus fundamentos determinantes. Mas, diversamente do que tantos autores e doutrinadores sustentam, hoje, o STF não adota mais a referida teoria.

Com o intuito de melhor compreender a complexidade do tema, serão apresentados o conceito da teoria da transcendência dos motivos determinantes, a sua origem e consequências da sua adoção. Por fim, dois acórdãos, o primeiro julgado em 23.10.2003 e o segundo em 02.08.2007, serão analisados, a fim de que seja identificada a posição uma vez adotada pelo STF e a sua posição atual.

Pretende-se no presente trabalho, de modo resumido, expor, a partir do STF, breve histórico do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, os conceitos dos efeitos das decisões por tal órgão proferidas, tanto no âmbito do controle difuso como concentrado, a definição da teoria da transcendência dos motivos determinantes e, finalmente, uma análise jurisprudencial sobre o tema.



## **1. STF e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro**

### **1.1. Considerações Preliminares**

A história do controle de constitucionalidade no Brasil está intimamente ligada à história do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, a partir da primeira Constituição republicana (1891), a função de guardião da Constituição foi outorgada ao STF, reconhecendo-lhe a competência para fiscalizar a legitimidade das leis.

Hoje, o Brasil apresenta um verdadeiro “sistema” de controle de constitucionalidade, o qual veio se formando, aos poucos, a partir da Constituição de 1988. A sua formação é fruto do que foi pensado e discutido em sede de controle de constitucionalidade de leis, entretanto, o aperfeiçoamento de tal sistema se deu com o advento de quatro fatores, a saber: 1) a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade; 2) a aprovação da lei nº 9868/99, que regulamentou o processo e julgamento da ADIN e ADC; 3) a regulamentação da ADPF e 4) inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004<sup>1</sup>.

Estes acontecimentos foram significativos para a formação de um verdadeiro sistema pelas seguintes razões: (a) a combinação destes fatores deu fim à caracterização simplista de um modelo híbrido, formado por dois modelos estáticos (controles difuso e concentrado) e, com isso, (b) houve o fortalecimento da função primordial do STF, que é a de guardião da Constituição.<sup>2</sup>

Até a entrada em vigor do texto constitucional de 1988, o controle de constitucionalidade no Brasil poderia ser resumido da seguinte forma: de um lado, o controle difuso, de origem norte-americana, onde o juiz ou o tribunal, em caso concreto, poderia apreciar uma questão de inconstitucionalidade, gerando tal decisão eficácia entre as partes, e, de

---

<sup>1</sup> LEITE, Fábio C., *ADIN e ADC, e a Ambivalência possível: uma proposta (Revista)*, p.2

<sup>2</sup> Cabe ressaltar que, desde a sua criação em 1828, o STF apresenta a função de órgão de cúpula do Poder Judiciário. Entretanto, os quatro acontecimentos descritos contribuíram significativamente para o seu fortalecimento.

outro lado, o controle concentrado, de origem austríaca, em que o STF, em sede abstrata, apreciaria a constitucionalidade de uma lei, gerando eficácia *erga omnes* à sua decisão pela inconstitucionalidade.

No que tange à criação da ADC, tendo em vista que o objetivo primordial de tal ação é levar ao STF a apreciação de um dispositivo legal que esteja sendo objeto de grande controvérsia entre os juízes e demais tribunais, a vinculação entre a sua decisão de procedência e o controle difuso fica evidente. Percebe-se, então, que o advento da ADC, além de ter abalado o modelo estático do controle de constitucionalidade, atribuiu maior importância às decisões do STF.

Já o advento da lei 9.868/99 conferiu ao STF o poder de decidir qual o momento em que a declaração de inconstitucionalidade operará seus efeitos. Como observou o professor Fábio Leite: “Tal faculdade também contribui para a aproximação dos controles abstrato-concentrado e concreto-difuso, eis que a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no primeiro pode se dar justamente em função das consequências no segundo”<sup>3</sup>.

A regulamentação do processo e julgamento da ADPF é a maior prova da intenção de criar um verdadeiro sistema de controle de constitucionalidade. De fato, com o objetivo de preencher todas as lacunas do sistema, o legislador reinventou esta ação para que a constitucionalidade de normas anteriores à Constituição também fossem apreciadas pelo STF.<sup>4</sup>

Por fim, dentre as alterações proporcionadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 que contribuíram para um sistema de controle de constitucionalidade, cabe ressaltar (a) a ampliação do rol de legitimados para propositura da ADC e (b) a aproximação do STF a uma Corte Constitucional, o que pode ser visto a partir das competências atribuídas àquele Tribunal, tanto para restringir os recursos extraordinários (a Emenda

---

<sup>3</sup> LEITE, Fábio C., op.cit. p.5

<sup>4</sup> Idem.

Constitucional nº 45/04 consagrou o instituto da repercussão geral, no art. 102, §3º da CF) como para editar súmulas vinculantes.

Feita esta análise, é possível constatar que a formação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro foi influenciada por diversos modelos estrangeiros e veio se aperfeiçoando paulatinamente. Entretanto, questões polêmicas acerca do próprio controle de constitucionalidade do Brasil ainda são suscitadas, o que demonstra a existência de algumas lacunas em sua formação.

Embora se reconheça o papel relevante do STF como concretizador da Constituição, este órgão está inserido numa esfera pública pluralista. Logo, deve-se atentar ao fato de que a função dos ministros do STF é apenas a de meros intérpretes da Constituição, assim como os juízes, os políticos, a imprensa e a própria sociedade em geral. Todavia, percebe-se que tal premissa não foi absorvida por certos ministros, ou seja, a fim de racionalizar o sistema de controle de constitucionalidade atuam como se fossem os únicos a interpretar a Carta Magna.

Busca-se, portanto, sob essa perspectiva, relatar a formação do sistema de controle de constitucionalidade do Brasil, dando ênfase aos elementos do sistema americano (controle difuso) e de inspiração européia (controle concentrado) que compõem o denominado modelo híbrido.

## **1.2. Controle Concreto-difuso**

O controle de constitucionalidade concreto-difuso, inspirado no modelo norte-americano, teve início, no Brasil, a partir da Constituição de 1891. Aliás, a república norte-americana foi a primeira a exercitar tal modelo de fiscalização das normas.

De acordo com a tradição americana, o Poder Judiciário teria a competência de apreciar a questão de inconstitucionalidade suscitada como questão prejudicial no curso de qualquer caso concreto. Na hipótese em que fosse constatada a inconstitucionalidade da respectiva norma, o Poder Judiciário deixaria de aplicá-la.

Cabe ressaltar que a fiscalização concreta manifesta-se por via de exceção em razão de ser arguida no curso de um processo, não tendo como objetivo o ataque direto à lei inquinada de vício, mas o ato que se pretende praticar com base na lei.

Além disso, uma das características principais do sistema difuso é a outorga aos juízes e tribunais do poder de afastar a aplicação da lei em concreto (art. 97, 102, III, “a” a “d” e 105, II, “a” e “b”).

Desde a Constituição de 1934, a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais exige o voto da maioria absoluta de seus membros. Esta exigência, conhecida como cláusula de reserva do plenário, tem como objetivo evitar a insegurança jurídica oriunda das flutuações de entendimento nos tribunais e continua em vigor na Constituição atual, em seu art. 97, *verbis*: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

É importante esclarecer que tal exigência tem como fundamento o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, o qual entende que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei deve ser uma medida excepcional. Por esta razão é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é forte ao afirmar que o desrespeito à cláusula de reserva de plenário acarreta a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que, partindo de órgão meramente fracionário, tenha declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal<sup>5</sup>.

O fato de que o controle de fiscalização concreto brasileiro tenha sido influenciado pelo modelo norte-americano não significa que o Brasil não tenha adotado alguns de seus aspectos com certa reserva. Aliás, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são a maior demonstração disso:

---

<sup>5</sup> A título exemplificativo: STF, AI 472897, Rel. Celso de Mello, j.18.09.2007, Segunda Turma, DJ 26.10.2007

É que nos EUA, em função do princípio do *stare decisis*, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte, ainda que tomada em um caso concreto, nenhum órgão do Poder Judiciário poderia mais aplicar a referida norma, o que na prática implica reconhecer uma eficácia *erga omnes* a esta decisão. (..) Enquanto no modelo americano os efeitos da declaração de inconstitucionalidade restringiam-se às partes *até que* fosse decidida pela Suprema Corte, no Brasil os efeitos restringiam-se às partes *ainda que* a decisão pela inconstitucionalidade fosse tomada pelo STF. Entendem-se as razões que levaram à adoção do modelo americano com tal reserva. Havia uma certa - e compreensível - resistência em se atribuir tamanho poder ao STF. Embora um órgão de cúpula do Poder Judiciário não figurasse como novidade na organização constitucional do País, já que a Constituição do Império abrigava o Supremo Tribunal de Justiça (art.164), o STF assumiria, nos termos definidos pela Constituição de 1891, atribuições desconhecidas até então pelo Poder Judiciário brasileiro.<sup>6</sup>

Embora este cenário demonstre a razão pela qual os efeitos da declaração de inconstitucionalidade tinham um alcance limitado nas decisões proferidas pelo STF, o modelo criado pela Carta Magna de 1891 gerou efeitos caóticos que foram visíveis ao longo do período de vigência da Constituição. É que, se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade restringem-se às partes do processo, é de se supor que os demais afetados pela lei irão ingressar com ações individuais a fim de, pela via recursal, alcançarem o STF, cujo entendimento a respeito da constitucionalidade da lei já seria previamente conhecido. E, na prática, era isto que ocorria, principalmente nas ações de natureza tributária, cujas decisões sempre trazem consequências a um número considerável de contribuintes.<sup>7</sup>

Com o objetivo de abranger os efeitos da declaração incidental a todos, a partir da Constituição de 1934, atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a competência de comunicar ao Senado Federal quando um dispositivo de lei ou ato governamental tivesse sido declarado inconstitucional e, com isso, tal casa legislativa poderia, discricionariamente, suspender a execução da lei declarada inconstitucional. Nas palavras de Alfredo Buzaid: “Tratava-se de elaborar um mecanismo

---

<sup>6</sup> LEITE, Fábio C., op.cit.p.8

<sup>7</sup> LEITE, Fábio C. *1891 – A Matriz Político-Institucional da República no Brasil*. Tese PUC-Rio, 2002, p.157

que prevenisse a reprodução de tantas demandas quantos fossem ‘os interessados agravados pelo ato constitucional’.”<sup>8</sup>

A Constituição de 1988 silencia sobre a quem compete comunicar ao Senado a respeito da decisão do Judiciário. Coube, portanto, aos Regimentos Internos do STF e do Senado Federal dispor sobre o procedimento adequado para a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional. De acordo com o Regimento Interno do STF, uma vez declarada a inconstitucionalidade incidental de uma lei deverá a Suprema Corte informar imediatamente ao Senado Federal<sup>9</sup>. Já o Regimento Interno do Senado Federal prevê que tal casa legislativa poderá, de ofício, dar início ao procedimento para suspender a execução, através de sua Comissão de Constituição e Justiça, ou, ainda, pelo Presidente ou Procurador-Geral da República<sup>10</sup>.

É importante ressaltar que, em nome do princípio da separação dos poderes, o Senado Federal não é obrigado a suspender a execução da norma declarada inconstitucional pela via difusa. Tampouco a Constituição de 1988 especificou o prazo para a deliberação do Senado Federal e a sua sanção, caso tal órgão permaneça inerte. A razão disso é que a atuação do Senado Federal no controle difuso não tem caráter vinculado, mas discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade da respectiva casa legislativa.

Quanto aos efeitos produzidos pela resolução suspensiva, tal questão ainda suscita controvérsia doutrinária, existindo duas correntes a esse respeito. Entende a primeira corrente que a decisão do Senado produzirá

---

<sup>8</sup> Apud. CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 90

<sup>9</sup> Diz o art.178 do RISTF: “Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts.176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42\*, VII, da Constituição”.\*Atual dispositivo da CF/1988: art.52, X;

<sup>10</sup>Art.386 do RISF: “O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante:

I – comunicação do Presidente do Tribunal;

II – representação do Procurador-Geral da República;

III – projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.”

apenas efeitos do momento de sua publicação em diante, ou seja, efeitos *ex nunc*, “não apanhando, portanto, as situações jurídicas definidas sob a égide da lei anteriormente à sua manifestação”<sup>11</sup>.

Por outro lado, entende Clèmerson Clève que os efeitos são obrigatoriamente *ex tunc*. Aliás, em seu livro o autor afirma que o próprio Senado Federal compartilha deste entendimento, aprovando Parecer que definiu que “há distância a separar o conceito de revogação daquele da suspensão da execução de lei ou decreto declarado inconstitucional. O ato de revogação, pois, não supre o de suspensão, não o impede, porque não produz os mesmos efeitos”<sup>12</sup>. O parecer fixou ainda o que segue:

a suspensão por declaração de inconstitucionalidade (...) vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos. A revogação, ao contrário disso, importa proclamar que, a partir dela, o revogado não tem mais eficácia.<sup>13</sup>

Neste mesmo sentido, o professor Luís Roberto Barroso também entende que, embora a matéria ainda suscite ampla controvérsia doutrinária, afigura-se fundada em melhor lógica e em melhores argumentos a atribuição de efeitos *ex tunc* à suspensão do ato normativo pelo Senado.<sup>14</sup>

Independentemente da posição que venha a se adotar acerca dos efeitos produzidos no tempo é importante a reflexão sobre o papel do

---

<sup>11</sup> Compartilham deste entendimento Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Nagib Slaibi Filho, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Regina Macedo Nery Ferrari (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 96). Além deles, segundo Clèmerson Clève, parece que Alfredo Buzaid também assume tal posição “na medida que entende a suspensão como manifestação do poder de revogação.”

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Assim como a nota anterior, este trecho foi retirado da Declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto. Suspensão de execução do ato inconstitucional pelo Senado Federal. Extensão da competência. Efeitos. Parecer 154, de 1971, Rel. Sen. Accioly Filho. Revista de Informação Legislativa, 12(48)/265270

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4ª Ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2009. Veja-se, também, o Decreto n.2346, de 10 de outubro de 1997, que assim dispõe em seu art. 1º, §§ 1º e 2º: “§1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial. §2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, *incidentalmente*, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal”.

Senado no controle difuso. Como indagou o Ministro Gilmar Mendes: “Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?”<sup>15</sup>

Entende-se, hoje, que o instituto da suspensão pelo Senado da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, previsto no art. 52, X da CF, tenha uma razão exclusivamente histórica. Isto porque a competência do Senado Federal, introduzida pela Constituição de 1934, tinha como finalidade conferir eficácia *erga omnes* a certas declarações de inconstitucionalidades proferidas pelo STF:

Num momento (1934) em que se temia o ‘governo dos juízes’; em que se procurava manter a fiscalização incidental; em que se buscava as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*); em que se procurava harmonizar as competências do Judiciário sem, todavia, amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo Constituinte de 1934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. Cumpre, agora, todavia questionar a permanência da fórmula na Constituição de 1988.<sup>16</sup>

Em síntese, pode-se afirmar que, ainda com o desenvolvimento do controle concreto-difuso e levando-se em consideração o princípio da economia processual, existia a necessidade de se admitir no ordenamento jurídico novo mecanismo de fiscalização, onde as decisões do órgão fiscalizador tivessem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Foi por esta razão que, em 1965, a Emenda Constitucional nº 16 instituiu a fiscalização abstrata de constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais.

### 1.3. Controle abstrato-concentrado

O quadro de controle de constitucionalidade em que vigorava o controle concreto-difuso e a representação interventiva permaneceu inalterado durante 20 anos. Somente com a promulgação da Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, é que o controle de

---

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p.1131

<sup>16</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. op.cit. p.97



constitucionalidade sofreu inovações, introduzindo-se, ainda na vigência da Constituição de 1946, o controle abstrato-concentrado de constitucionalidade<sup>17</sup>.

É curioso o fato de a ação genérica de inconstitucionalidade, que se destina à guarda da ordem constitucional, ter sido criada em plena ditadura militar. Frise-se, contudo, que seu objetivo exclusivo foi o de alcançar maior economia processual. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

O instituto, introduzido no contexto de uma ampla reforma do Poder Judiciário, tinha por escopo, tal como consta da Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, alcançar maior economia processual mediante decisão direta do Supremo Tribunal Federal, reduzindo a sobrecarga do trabalho dos tribunais inferiores. A decisão do Supremo Tribunal Federal deveria orientar a jurisdição ordinária na decisão de casos semelhantes.<sup>18</sup>

Embora a representação de inconstitucionalidade guarde semelhanças com a representação interventiva, tais como o fato de serem um mecanismo para resolver incompatibilidades entre uma norma infraconstitucional e a Constituição, e serem ajuizadas pelo Procurador-

---

<sup>17</sup> Para um melhor entendimento sobre as diferenças dos modelos de controle de constitucionalidade, vale citar este trecho de palestra proferida pelo Min. Carlos Velloso, em Madri, na Universidade Carlos III, em 10.03.2003:

“No que toca ao controle de constitucionalidade, pode ele ser difuso, que surgiu em 1803, na Corte Suprema norte-americana, sob a inspiração do Juiz Marshall, por isso mesmo denominado de controle de constitucionalidade segundo o modelo americano. O controle difuso pode ser realizado por qualquer juiz ao tribunal, no caso concreto, de forma incidental. No Brasil, o controle difuso é praticado a partir da República, instituído pelo Decreto 848, de 11.10.1890 e consagrado na Constituição de 24 de fevereiro de 1891. O Supremo Tribunal Federal efetua o controle difuso no julgamento do recurso extraordinário (Constituição Federal, art.102 III).

O controle concentrado, em abstrato, segue o modelo austríaco, ou europeu continental, porque surgiu na Áustria, em 1920, inspirado em Kelsen. A Constituição austríaca, daquele ano, criou a Corte Constitucional, fechada em 1938 com a invasão alemã. Após a segunda guerra, vários países europeus instituíram cortes constitucionais. Assim a Itália, com a Constituição de 1947; a Alemanha, com a Lei Fundamental de Bonn, de 1949; a Corte Constitucional da Áustria foi reaberta em 1945; a Espanha, em 1978, instituiu o seu Tribunal Constitucional, o mesmo ocorrendo com Portugal, com a primeira reforma da Constituição de 1976, ocorrida em 1982. No controle concentrado, em abstrato, o objeto da causa é a própria lei e somente a Corte Constitucional pode realizá-lo.

O controle concentrado foi instituído, no Brasil, com a EC nº16, de 1965, que criou a representação de inconstitucionalidade da competência do Supremo Tribunal. A Constituição de 1988 ampliou esse controle, que se faz através da ação direta de constitucionalidade. Instituiu a Constituição de 1988 a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, regulamentado, recentemente, pela Lei nº 9.882, de 1999. A emenda Constitucional nº 3, de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade.” (apud. PAULO, Vicente de e ALEXANDRINO, Marcelo, *Controle de constitucionalidade*, Ed. Impetus, 3ª ed. 2005, Niterói RJ)

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, 5ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, p.64-65

Geral da República e julgadas pelo STF, ambos institutos apresentam diferenças significativas.

A representação interventiva consistia em um mecanismo de solução de conflito entre a União e o Estado. Por isso, bastava a violação de algum dos princípios sensíveis para autorizar a sua propositura pelo Procurador-Geral da República. Já a representação instituída pela Emenda Constitucional n. 16/65 é genérica e apta a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição.

Ademais, enquanto a representação interventiva era considerada um mecanismo de fiscalização concreta da constitucionalidade, a representação genérica instituída pela Emenda Constitucional n. 16/65 era um instrumento de fiscalização de constitucionalidade de lei ou ato normativo em tese.

Observa-se que a referida proposta de introdução do controle direto do direito estadual e federal em face da Constituição parece constituir uma evolução natural da experiência adquirida com a representação interventiva, lembrando, apenas, que o seu caráter, aparentemente, de medida centralizadora e antifederativa tinha como fundamento o próprio contexto autoritário do período em que foi aprovada.

A Constituição de 1967 introduziu pequenas alterações ao sistema de fiscalização da constitucionalidade. Foi retirado o dispositivo introduzido pela Emenda Constitucional n. 16/65 que autorizava a representação de inconstitucionalidade genérica no âmbito estadual. No que diz respeito à representação interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República, a competência para suspender o ato estadual foi transferida do Legislativo para o Presidente da República.

A Emenda Constitucional n. 7/77 apresentou algumas novidades. Introduziu, em primeiro lugar, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando o Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Com isso, a interpretação feita pela Suprema Corte passou a ter efeito vinculante.

E a segunda novidade consiste em ter sido reconhecida expressamente a competência do Supremo Tribunal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República.

Algumas questões acerca do papel desempenhado pelo Procurador-Geral da República devem ser esclarecidas, pois, enquanto na representação interventiva ele atuava como defensor dos interesses da União, na representação de inconstitucionalidade o papel do Procurador-Geral era de “advogado da Constituição, interessado exclusivamente na defesa da ordem constitucional.”<sup>19</sup>

Primeiramente, indagou-se se o Procurador-Geral da República, único legitimado ativo, estaria obrigado a ajuizar a representação de inconstitucionalidade sempre que lhe fosse solicitado.

De acordo com o professor Luís Roberto Barroso, a jurisprudência do STF daquela época entendia que caberia somente ao Procurador-Geral da República decidir sobre a propositura da mencionada ação, visto que, se estivesse obrigado a ajuizá-la, tornaria indiferente a sua escolha pelo constituinte como único legitimado.<sup>20</sup>

É possível constatar também o entendimento do Supremo Tribunal Federal através da Exposição de Motivos para adoção da representação de inconstitucionalidade. A intenção do legislador era de “uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual.”<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, p.69

<sup>20</sup> Sobre esse ponto, Luís Roberto Barroso expõe que: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da plena discricionariedade do chefe do Ministério Público Federal no juízo acerca da propositura ou não da ação, sem embargo de posições doutrinárias importantes em sentido diverso. Desse modo, era ele o árbitro exclusivo e final acerca da submissão ou não da discussão constitucional ao STF. Registre-se, por relevante, que o Procurador-Geral da República ocupava cargo de confiança do Presidente da República, do qual era exonerável *ad nutum*. Assim sendo, o controle de constitucionalidade por via de *representação* ficava confinado às hipóteses que não trouxessem maior embaraço ao Poder Executivo.” *O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª Ed., São Paulo; Editora Saraiva, 2007, p.140

<sup>21</sup> Apud. Brasil, Constituição (1946): Emendas à Constituição de 1946, n.16: reforma do Poder Judiciário, Brasília, Câmara dos Deputados, 1968, p.24

Entretanto, esta posição gerou, na época, grandes críticas de doutrinadores como Pontes de Miranda, Josaphat Marinho e Caio Mário da Silva Pereira, que chegaram a defender que o Procurador-Geral da República estaria obrigado a ajuizar a ação, caso houvesse sérias dúvidas acerca da constitucionalidade da lei.<sup>22</sup>

Não ficou definido se o Procurador-Geral da República estaria obrigado ou não a ajuizar a representação de constitucionalidade sempre que fosse suscitada uma controvérsia constitucional, mas é evidente que ele não estaria impedido de fazê-lo.

Aliás, ainda que tenha sido atribuído a um único órgão a legitimidade de desencadear o processo de representação de inconstitucionalidade, se o Procurador-Geral da República fosse obrigado a ajuizar a mencionada ação todas as vezes que fosse provocado “acabaria por tornar aquela uma espécie de ação popular e o PGR [Procurador-Geral da República], um mero ‘despachante’, o que seguramente não era o propósito da EC 16/65”<sup>23</sup>.

A segunda questão diz respeito à possibilidade de o Procurador-Geral da República ajuizar a representação de inconstitucionalidade e, no curso do processo, apresentar parecer defendendo a constitucionalidade da norma. O STF já tinha consolidado entendimento de que isso seria possível. Entretanto, somente em 1970 é que o entendimento do STF passou a constar em seu Regimento Interno:

Art.174- (...)

Parágrafo 1º - Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário.

Mas, levando em consideração o histórico da formação deste novo modelo, surge ainda uma outra questão que convém seja desde já esclarecida: afinal, seria o objetivo da fiscalização abstrata apenas o de *ver declarada a inconstitucionalidade da norma*? Ou seria também o objetivo

---

<sup>22</sup> Ver a propósito, a polêmica exposta por Gilmar Ferreira Mendes, op.cit.,p74

<sup>23</sup> LEITE, Fábio C., op.cit., p.15

da ação *pôr termo a uma discussão em torno da constitucionalidade do ato normativo*?<sup>24</sup>

Para Gilmar Mendes, a ideia de que a ação pudesse ser ajuizada pelo Procurador-Geral da República ainda que estivesse convencido da constitucionalidade da norma poderia sugerir que o objetivo de tal ação seria o de pôr fim às discussões acerca da constitucionalidade de uma norma. E, caso fosse verificado que esta norma não estivesse em conformidade com a Carta Magna, esta deveria ser retirada do ordenamento jurídico.

Entretanto, esta não é a única leitura possível. Nota-se que nada mais coerente com o interesse público do que o Procurador-Geral da República ajuizar a representação de inconstitucionalidade – visto que ele era o único legitimado para propor tal ação – resguardando sua opinião, a qual seria manifestada posteriormente, quando do oferecimento de seu parecer<sup>25</sup>.

Durante a vigência da Constituição de 1946 e após a Emenda Constitucional n.16/65, de acordo com Gilmar Mendes, o controle abstrato-concentrado passou a preencher a função supletiva e corretiva do modelo incidental.

Como bem observado pelo referido ministro:

ele (controle abstrato de normas) possibilitava a aferição direta da constitucionalidade de leis que, pela via incidental, jamais teriam a sua constitucionalidade examinada judicialmente por não se mostrarem aptas, em princípio, a ser submetidas, como questão preliminar, numa controvérsia concreta. O controle abstrato das normas desempenhava, também, uma função corretiva na medida em que, mediante decisão direta e definitiva do Supremo Tribunal Federal, permitia superar a situação de insegurança jurídica e corrigir determinadas injustiças decorrentes da multiplicidade e da contraditoriedade dos julgados proferidos pelos diferentes juízes ou Tribunais sobre a mesma matéria<sup>26</sup>.

As Constituições de 1946 e 1967/69 merecem destaques por terem definido a natureza jurídica dos processos de controle abstrato: um processo objetivo, de iniciativa do Procurador-Geral e cujas decisões produzem eficácia *erga omnes*.

---

<sup>24</sup> LEITE, Fábio C., op.cit. p.17

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op.cit., p.82

Observa-se, contudo, que, somente com a Constituição de 1988, é que a legitimação do controle abstrato foi ampliada, tornando tal mecanismo o mais utilizado para que questões constitucionais fossem solucionadas.

De acordo com o art. 103 da CF, a agora denominada ação direta de inconstitucionalidade poderia ser ajuizada pelos seguintes órgãos e entidades: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Governador de Estado, Mesa de Assembléia Legislativa, Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional, além do Procurador-Geral da República. Esta mudança possui dois grandes méritos: o de conferir competência para instaurar o processo a uma grande diversidade de órgãos e entidades como, também, o de pôr fim ao monopólio do Procurador-Geral da República, situação que gerou diversas controvérsias. O STF, no entanto, diferenciou os legitimados universais dos especiais. Para a propositura da referida ação, estes deveriam demonstrar a pertinência temática com o ato impugnado, ao passo que os legitimados universais não seriam cobrados de tal encargo.

Conclui-se, assim, que a Constituição em vigor conferiu especial atenção à fiscalização abstrata sem, contudo, ter feito qualquer alteração no controle concreto-difuso.

Em síntese, fica claro que com a introdução do sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato-concentrado de constitucionalidade. Como afirma o professor Luis Roberto Barroso: evidencia-se “uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada”<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto, op.cit.,67

## **2. Eficácia das decisões do STF no controle de constitucionalidade**

### **2.1. Notas Introdutórias**

Como demonstrado no capítulo anterior, a Constituição de 1988, além de ter permitido uma maior dinâmica entre os modelos de controle de constitucionalidade, deu uma maior importância à fiscalização abstrata.

No entanto, é perceptível a presença de algumas incoerências quanto à eficácia das decisões proferidas pelo STF, tanto em sede de controle abstrato como no controle difuso. Nota-se que estas incoerências, mantidas pela Constituição Federal de 1988, decorrem do convívio dos dois modelos de fiscalização que formam o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

No controle difuso, “a declaração incidental de inconstitucionalidade implica uma questão concreta, sujeita à apreciação judicial, da incidência da lei ou ato normativo”<sup>28</sup>.

Na prática, isto significa que, quando um juiz ou tribunal, ao julgar um caso concreto, entende que uma norma é inconstitucional, antes de apreciar o próprio mérito, o julgador terá que passar necessariamente pelo exame de constitucionalidade da norma aplicável ao caso. Por esta razão é que o exame de validade da norma será feito antes da decisão final que será proferida no julgamento do caso concreto: o controle de constitucionalidade poderá interferir diretamente na decisão desta causa. Observa-se, entretanto, que, no caso dos tribunais, é necessário o respeito à cláusula de reserva do plenário (o voto da maioria absoluta de seus membros).

Quando a decisão for proferida pelo STF, este deverá encaminhar tal decisão para o Senado Federal a fim de que, se esta casa legislativa estiver de acordo, suspenda a sua execução nos termos do art.52, X do CF.

Por outro lado, no controle concentrado, na hipótese em que uma questão constitucional seja analisada por meio de uma ação direta de

---

<sup>28</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin, op.cit. p.87

inconstitucionalidade perante o STF, cujo objeto principal de tal ação é aferir a constitucionalidade de leis federais ou estaduais, ao ser declarada inconstitucional, tal norma não será mais aplicada, independentemente da manifestação do Senado Federal.

Em outras palavras, existe uma incoerência entre a eficácia das decisões quando estas forem proferidas pelo STF em sede de controle abstrato-concentrado e concreto-difuso: enquanto que, em sede de controle abstrato-concentrado, uma questão decidida pelo STF sobre constitucionalidade de normas vinculária os demais órgãos do Poder Judiciário, no controle concreto-difuso, seria conferida a uma decisão eficácia *erga omnes* somente com a manifestação do Senado Federal neste sentido.

É preciso ressaltar que essa incoerência surgiu com a Emenda nº 16/65, emenda esta que introduziu a fiscalização abstrata do ordenamento jurídico, mantendo a competência do Senado Federal para suspender a execução de norma declarada inconstitucional pelo STF.

Isto porque, como visto, o constituinte de 1934 atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender a execução de uma norma declarada inconstitucional pelo STF, em sede de controle difuso, com o intuito de não permitir um poder excessivo ao Judiciário. Ou seja, tinha o receio de que, ao conferir tamanho poder ao Judiciário, não fosse mais respeitado o princípio da separação de poderes.

Entretanto, desde o surgimento da fiscalização abstrata, quando foi atribuída ao Procurador-Geral da República a competência para ajuizar perante o STF uma representação de inconstitucionalidade, tendo por objeto uma lei federal ou estadual, este receio passou a não existir mais, ou, pelo menos, foi superado.

Por isso, é possível perceber que o fato de que o Brasil, hoje, apresenta um verdadeiro sistema de controle de constitucionalidade não significa que os modelos de controle de constitucionalidade estejam em total consonância. Pelo contrário, a maior prova disso é a incoerência



visível ora suscitada e as próprias consequências das decisões proferidas pelo STF em sede de cada um desses modelos.

## **2.2. Eficácia *erga omnes* no controle concreto difuso**

Como dito anteriormente, caracteriza o controle difuso o fato de as decisões judiciais que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma pela via mencionada apenas produzirem eficácia entre as partes.

Aplica-se esta regra inclusive para o STF. Portanto, tendo em vista que esta eficácia é *inter partes*, a norma considerada inconstitucional no caso concreto não será afetada em sua vigência, ou seja, permanecerá no ordenamento jurídico, podendo, inclusive, ser aplicada a outros casos concretos.

A consequência lógica de tal efeito é que a declaração incidental de inconstitucionalidade em vez de produzir coisa julgada, característica essa particular dos efeitos da sentença de mérito, irá produzir “eficácia meramente intraprocessual, sem força de coisa julgada”<sup>29</sup>, com base no art.469, III do CPC.

Logo, a única forma que o constituinte originário previu que uma decisão proferida pela via difusa tivesse eficácia *erga omnes* foi através da intervenção de um órgão legislativo, qual seja, o Senado Federal.

O Constituinte de 1934 decidiu atribuir a competência ao Senado Federal de suspender o ato normativo tido pelo STF como inconstitucional com o objetivo de reduzir o trabalho do Judiciário, “evitando tivesse de pronunciar-se, repetidas vezes, em cada caso que fosse chamado a julgar, por estar o texto, a seu ver, inquinado de vício de inconstitucionalidade, portanto, sem eficácia”<sup>30</sup>.

Além disso, como já mencionado anteriormente, a criação dessa competência também revela uma opção política do constituinte em não atribuir força obrigatória geral às decisões do STF no controle difuso, a fim

---

<sup>29</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin, op.cit. p.88

<sup>30</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op.cit. p.183

de que não fosse estabelecido um “governo de juízes” e tampouco um desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

Assim, para que uma norma seja eliminada do sistema jurídico, em caráter definitivo, é necessário que tal norma declarada inconstitucional pelo STF, através de uma decisão definitiva de mérito, seja suspensa pelo Senado Federal, consoante dispõe o art.52, X da CF.

Até 1988, o controle difuso foi o mecanismo de fiscalização de controle de constitucionalidade mais utilizado. Isto porque, embora tenha sido criada pela Emenda Constitucional nº16/65, a representação de inconstitucionalidade (hoje denominada ação direta de inconstitucionalidade) tinha como único legitimado ativo o Procurador-Geral da República.

Com a ampliação do rol de legitimados ativos para propor ação direta perante o STF, a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade e outras novidades já citadas, houve um predomínio do controle concentrado em detrimento do difuso. Por isso é que, com a Constituição de 1988, a regra passou a ser que as decisões de inconstitucionalidade do STF nulificam o ato inconstitucional, tornando a competência do Senado Federal, prevista no art. 52, X da CF, obsoleta e ultrapassada.

Diante deste cenário, indaga-se até que ponto a competência atribuída ao Senado Federal é essencial para que uma decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF tenha eficácia *erga omnes*. Questiona-se, igualmente, como superar a concepção tradicional de que no controle difuso a eficácia da decisão seja limitada às partes do processo. E, na hipótese em que as decisões nesse sistema venham a produzir eficácia *erga omnes*, qual seria a função do Senado Federal no controle difuso.

Para Gilmar Mendes, “a única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica”<sup>31</sup>. Isto porque a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal pela via difusa limita-se a fixar a orientação

---

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, op.cit. p.1131

constitucionalmente adequada ou correta dentro de um caso concreto. O seu escopo principal não é declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Por esta razão, entende o ministro que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia *erga omnes* às decisões do STF.

Ainda que, em alguns aspectos, a tese acima esteja correta, é importante ressaltar que a possibilidade de se estender eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade do STF quando proferidas no modelo difuso é tema aberto para inúmeras controvérsias, como será visto em detalhes mais adiante.

### 2.3. Eficácia no controle abstrato-concentrado

Com a introdução do controle abstrato-concentrado no nosso ordenamento jurídico, pretendeu o constituinte que este fosse um “peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente”.<sup>32</sup>

Isto só seria possível através de um mecanismo de fiscalização cuja natureza do processo fosse objetiva, ou seja, que visasse à declaração de inconstitucionalidade da norma no caso da ADIN ou que viesse a cessar uma controvérsia judicial relevante sobre a constitucionalidade da norma, como é o caso da ADC.

O processo é objetivo quando for um “processo sem partes” e a pretensão e a lide forem igualmente objetivas. Como é sabido, não existe processo judicial sem partes ou sem juiz. Logo, se o processo objetivo é judicial, obrigatoriamente, as partes, que são elementos essenciais do processo, deverão estar presentes. Entretanto, o que o difere de um processo subjetivo é “a inexistência de interesse processual *concreto* e a impossibilidade de postulação de direitos *subjetivos* (individuais ou coletivos) e de *controvérsia* sobre estes”<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, op.cit. p.1325

<sup>33</sup> FERNANDES, André Dias, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, Salvador. Ed. Juspodium, 2009 p.156

Note-se que, no processo objetivo, o legitimado passivo não é o único a suportar os efeitos da decisão sobre a pretensão deduzida. Esta é a característica primordial do controle concentrado: as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF acarretam a eliminação automática da norma inválida, atuando como um “legislador negativo”, nas palavras de Hans Kelsen<sup>34</sup>. Com isso, as decisões possuem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Os efeitos da decisão no controle concentrado não se limitam às partes, pois a criação de tal mecanismo de fiscalização tem como escopo ser um instrumento eficaz de defesa da supremacia constitucional e não um mero instrumento de defesa de interesses subjetivos.

### **2.3.1. Eficácia *erga omnes***

Embora poucos autores diferenciem a eficácia *erga omnes* do efeito vinculante, estes dois conceitos, que compõem o chamado efeito das decisões do controle abstrato, apresentam algumas particularidades, que ora serão tratadas.

A eficácia *erga omnes* foi introduzida na Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional nº 03/93. Assim previa o art.102, §2º da CF:

“Art.102, §2º: As 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”.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45/04 alterou o artigo acima citado, a fim de esclarecer que os efeitos da decisão derivados do controle de constitucionalidade abstrato também eram aplicados às ADINs, *verbis*:

---

<sup>34</sup> Apud. KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional*. São Paulo; Martins Fontes, 2003, pp. 150-154

“Art.102, §2º: As 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.”

É necessário observar que, caso não houvesse previsão legal quanto às decisões do STF no âmbito da ADIN, isto não obstaría as decisões do STF a produzirem tais efeitos. Isto porque, como já mencionado, tais efeitos derivam da própria natureza objetiva do processo.

Afinal, se o escopo do processo objetivo é eliminar em tese as normas contrárias à Carta Magna, caso as decisões que apreciassem tal matéria não produzissem eficácia *erga omnes*, este meio de fiscalização seria inútil.

Além disso, tendo em vista que a decisão de natureza judicial tem como característica a imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada, as decisões judiciais do STF no controle abstrato, ainda que decorram de um processo objetivo, possuem a mesma característica.

Cabe esclarecer que o caráter *erga omnes* consiste na impossibilidade da eficácia natural do acórdão do STF em ADIN e ADC ser afastada por “terceiros prejudicados”, como ocorre nos processos subjetivos. Esta eficácia natural do acórdão pode ser produzida tanto pelas decisões interlocutórias quanto pelos acórdãos definitivos de mérito do STF. Por esta razão é que a noção de eficácia *erga omnes* não se confunde com o conceito de coisa julgada *erga omnes*: esta é uma qualidade exclusiva dos acórdãos definitivos de mérito do STF.

Mas se o instituto da eficácia *erga omnes* é atribuído às decisões judiciais do STF e, quando forem proferidas através de uma decisão definitiva de mérito, irão produzir coisa julgada *erga omnes*, indaga-se se seria admissível submeter ao STF uma questão constitucional já apreciada em outra ocasião pelo mesmo órgão.

Para Gilmar Mendes, “declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”<sup>35</sup>.

O entendimento do ministro decorre das lições de Liebman:

(...) que as sentenças contêm, implicitamente, a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que as alterações posteriores que alterem a realidade normativa bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente).<sup>36</sup>

Por fim, outra questão importante diz respeito à possibilidade de a eficácia *erga omnes* vincular também o legislador, a fim de que não sejam mais editadas novas leis de idêntico teor àquela que já foi declarada inconstitucional.

Entende o STF que a declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar nova lei de teor idêntico àquela anteriormente já declarada inconstitucional. Tanto é assim, que o Tribunal tem processado e julgado novas ADINs nestes casos.<sup>37</sup>

### 2.3.2. Efeito vinculante

O efeito vinculante, assim como a eficácia *erga omnes*, foi introduzido na Constituição de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 3/93 e estendido à ADIN através da Emenda Constitucional nº 45/2004.

---

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, op.cit.p.1329

<sup>36</sup> Idem

<sup>37</sup> Ressalta-se, a título exemplificativo a ADI 864/RS, rel. Ministro Moreira Alves, j. 23.06.1993, Pleno, DJ de 17.09.1993. Nas palavras do ministro relator: “Tratando-se, pois, de leis diversas e sendo certo que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade se adstringe à norma nela impugnada, a eficácia *erga omnes* da medida cautelar que suspende os efeitos desta a ela se limita, não alcançando norma posteriormente editada, ainda que de conteúdo igual ou semelhante àquela. Para que houvesse esse alcance, seria mister – como ocorre no direito alemão – que a ação direta de inconstitucionalidade tivesse efeito vinculante com relação ao Poder Legislativo. A eficácia *erga omnes* da decisão que suspende os efeitos de uma norma se restringe a estender a todos essa suspensão, inclusive ao Poder Legislativo, mas, ao contrário da eficácia vinculante, não impede que este reproduza total ou parcialmente a mesma norma em diploma legal posterior, o que implica dizer que, havendo tal reprodução, se faz mister o ajuizamento de outra ação direta de inconstitucionalidade.”

Diversamente da eficácia *erga omnes*, o efeito vinculante, instituto processual-constitucional, não advém da natureza objetiva dos processos abstrato do controle de constitucionalidade. A sua inserção no controle de constitucionalidade abstrato teve como objetivo, unicamente, reforçar a eficácia das decisões nele proferidas.<sup>38</sup>

Nas palavras de André Dias Fernandes, “o efeito vinculante consiste na obrigação dos órgãos do Poder Judiciário, à exceção do STF, da Administração Pública direta e indireta (federal, estadual e municipal) de decidir, em situações análogas, em conformidade com a decisão do STF na ADIn ou na ADC.”<sup>39</sup>

Para entender a *ratio essendi* do efeito vinculante, vale citar o voto do Min. Francisco Rezek, proferido quando do julgamento da ADC 1/DF. O ministro recorda-se de uma época:

em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a tal respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada ‘liberdade de convencimento’, inerente a todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de questões novas. E quando acontecia da jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de a decisão do tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu, porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso (...). Só nessa circunstância infeliz a rebeldia contra a jurisprudência do Supremo dava certo. Com todo respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar. De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipóteses de pura análise

<sup>38</sup> No voto proferido na ADC QO 1, o Rel. Min. Moreira Alves ressaltou que, antes da vigência da Lei nº 9.868/99, “o efeito vinculante é um *plus* com relação à ação direta de inconstitucionalidade”. Além disso, em outra ocasião, o eminente Ministro asseverou que o efeito vinculante não constitui eficácia inerente à Constituição ou ao modelo de controle de constitucionalidade adotado (voto proferido na Rcl AgRg 1.880/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa)

<sup>39</sup> FERNANDES, André Dias, op.cit., p.171

jurídica. Tem alguma seriedade a ideia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere?

É importante ressaltar que o instituto do efeito vinculante é independente e diverso do da coisa julgada *erga omnes*. Inclusive, a finalidade de cada instituto é diversa, pois somente o efeito vinculante tem a função de “tornar obrigatória a aplicação da decisão do STF em ADIn e ADC a hipóteses *similares* à que foi objeto de julgamento da ADIn ou da ADC.”<sup>40</sup>

Além disso, enquanto a característica primordial da coisa julgada *erga omnes* é a imutabilidade e indiscutibilidade das sentenças de mérito, as decisões concessivas de medida cautelar poderão produzir efeito vinculante ainda que tenham natureza revogável e alterável.

Para evidenciar a diferença, a independência e a autonomia de ambos institutos, alguns exemplos devem ser citados:

O efeito vinculante **não é** (a) uma espécie de coisa julgada *erga omnes* com limites *objetivos* mais *amplos*, nem (b) um *efeito específico* da coisa julgada *erga omnes* (pois não depende dela para existir), nem (c) um efeito aderente à coisa julgada *erga omnes* (pois atua em âmbito diverso: coisa julgada *erga omnes* atua nos processos em que for discutida a *mesma* questão constitucional, enquanto o efeito vinculante atua nos processos em que for discutida questão constitucional *semelhante* à decidida pelo STF), nem (d) um efeito de qualquer forma *condicionado* pela coisa julgada *erga omnes* (pois esta não exerce nenhuma *influência* sobre o efeito vinculante, seja sobre a sua *existência*, seja sobre sua *validade*, seja sobre sua *eficácia concreta*)<sup>41</sup>.

Quanto aos limites objetivos do efeito vinculante, entende o Ministro Gilmar Mendes que a concepção de efeito vinculante está estritamente ligada ao modelo germânico. Por essa razão, de acordo com o ministro, para explicitar o significado do referido instituto é imprescindível que se recorra à literatura alemã.

A posição dominante do Tribunal Constitucional alemão é de que à eficácia da sua decisão transcende o caso singular. Em outras palavras, os limites objetivos do efeito vinculante, para o referido Tribunal se estende

<sup>40</sup> FERNANDES, André Dias, op.cit. p.169-170

<sup>41</sup> Idem



não somente à parte dispositiva do acórdão, mas, também, aos fundamentos determinantes da decisão.

Em seu livro, o referido Ministro ressalta, ainda, que o STF compartilha com a posição acima citada, como se a jurisprudência brasileira já estivesse pacificada a respeito deste assunto: “resta evidente que o efeito vinculante da decisão não está restrito à parte dispositiva, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes”.<sup>42</sup>

No que tange aos limites subjetivos, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi atribuído às decisões de mérito proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Outra questão relevante diz respeito à possibilidade de a decisão proferida vincular ou não o STF. Embora não esteja explícito na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional alemão, entende a sua Corte Constitucional ser inadmissível construir-se uma autovinculação. No direito brasileiro, de acordo com a fórmula adotada pela Emenda Constitucional nº 3/93 e, posteriormente, pela Lei nº 9868/99, o STF não foi definido como destinatário do efeito vinculante. Isto pode ser demonstrado através da seguinte expressão: “aos demais órgãos do Poder Judiciário” (art.28,§único da Lei nº 9868/99).

Tampouco o efeito vinculante constante do §2º do art.102 da CF obriga o Poder Legislativo. Isto porque as modificações promovidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 não mantiveram o Legislativo na lista dos órgãos e poderes sujeitos ao efeito vinculante.

Por fim, é importante esclarecer que, na prática, a consequência processual do efeito vinculante é a seguinte:

Acolhida a alegação de que há decisão do STF com efeito vinculante aplicável ao caso, ou reconhecida de ofício a existência de decisão do STF dotada de efeito

---

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, op.cit. p.1337

vinculante aplicável ao caso, o juiz *decidirá efetivamente* a questão constitucional *de conformidade com* a decisão do STF.<sup>43</sup>

Ou seja, o efeito vinculante fará com que o juiz, obrigatoriamente, decida a questão constitucional, sem que tenha a liberdade de divergir com a posição anteriormente adotada pelo STF.

---

<sup>43</sup> FERNANDES, André Dias, op.cit., p.172

### 3. Teoria da Transcendência dos motivos determinantes no STF

#### 3.1. Definição

Originalmente, a teoria da transcendência dos motivos determinantes, também chamada de teoria dos efeitos irradiantes ou transbordantes ou, ainda, teoria do transbordamento dos motivos determinantes, consiste na ampliação do efeito vinculante das decisões prolatadas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade para estendê-lo aos fundamentos determinantes da decisão, ou seja, para além do seu dispositivo.

Como observou a procuradora Joana Faria Salomé: “Na prática, significa que o efeito vinculante será amplo o suficiente para eivar de inconstitucionalidade, *erga omnes*, outras normas cujo conteúdo se assemelhe ao daquela efetivamente impugnada.”<sup>44</sup>

Assim, a título exemplificativo, se o STF declara, em ação direta, a inconstitucionalidade de regra do regimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo fundamento de que houve invasão da competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual (art.22, I do CF), regras iguais ou similares constantes dos regimentos de outros tribunais do País serão afetadas por essa decisão da Corte. Ou seja, a decisão do STF transcende o caso singular, isto é, a controvérsia sobre a validade da regra regimental especificamente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Além disso, transcendem também os fundamentos determinantes da decisão (normas com aquele conteúdo representam ofensa à competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual), que deverão ser observados pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal em casos futuros.

---

<sup>44</sup> SALOMÉ, Joana Faria. *A teoria da transcendência dos motivos determinantes no Supremo Tribunal Federal*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v.404, p.215, jul./ago.2009.

É importante ressaltar que, adotando-se a teoria da transcendência dos motivos determinantes, se futuramente ocorrer a aplicação de regra regimental análoga, por juízo ou órgão administrativo de outro estado-membro, a parte interessada poderá intentar reclamação perante o STF, a fim de preservar a autoridade dos julgados da Corte, que determinará a anulação da decisão administrativa ou a cassação da decisão judicial reclamada (art. 102, I, “I”).

Embora esta teoria tenha origem na *das bindungswirkung* alemã (instituto processual germânico que introduziu o efeito vinculante), cujo escopo é atribuir aos fundamentos determinantes das decisões prolatadas em sede de controle de abstrato, no Brasil, a mesma chegou a ser adotada também no âmbito do controle concreto-difuso.

De acordo com a procuradora Joana Faria Salomé, a origem da teoria da transcendência dos motivos determinantes no Brasil está vinculada: (i) à formação do próprio sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, influenciado pelos modelos norte-americano e austríaco e (ii) à introdução da representação interventiva pela Constituição de 1934, modelo de fiscalização concreta realizada por meio de ação direta cuja função é concretizar os princípios sensíveis no direito constitucional estadual. Nas palavras da procuradora:

Na tentativa democrática inaugurada pela Constituição de 1946, recuperada a autonomia dos estados-membros, passou-se a utilizar-se da medida [representação interventiva] para questionar a constitucionalidade de constituições estaduais. Emergiu desta mistura estados-membros com autonomia legislativa [influência do modelo norte-americano] e um Supremo Tribunal Federal que deveria exercer o controle de constitucionalidade em tese sobre normas abstratas [influência do modelo austríaco]. Deparou-se, portanto, com ordenamentos jurídicos regionais (...).<sup>45</sup>

Assim, o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal passou a deparar-se com um problema técnico: se o controle for abstrato, tendo como objeto normas regionais, o efeito vinculante que originariamente deveria estender-se *erga omnes*, ficaria

---

<sup>45</sup> SALOMÉ, Joana Faria.op.cit.p.216

adstrito ao Estado-Membro. Por consequência, novas ações diretas de inconstitucionalidade eram ajuizadas a fim de impugnar normas com objeto similar ao daquelas ações de outros estados da federação, cujo controle já foi realizado.

Logo, para impedir a mobilização de um novo julgamento e, principalmente, para libertar as decisões do âmbito restrito de um único estado, os motivos determinantes do acórdão prolatado no controle concentrado estenderiam a declaração de inconstitucionalidade a normas de teor semelhante.

Cabe ressaltar que a teoria da transcendência dos motivos não apresenta qualquer semelhança com a natureza da coisa julgada, pois esta última, tradicionalmente atrelada à parte dispositiva dos julgados, impedia a extensão dos efeitos do julgado anterior às normas semelhantes dos demais estados. Em outras palavras, se a decisão prolatada em controle concentrado de constitucionalidade fazia menção a uma norma específica de um estado específico, a coisa julgada se limitava a vincular a parte dispositiva da decisão proferida.

Observa-se que o dispositivo quase sempre atrelava-se a uma norma estadual específica e não à generalidade das normas estaduais de igual teor. Assim, ao estender os fundamentos determinantes da decisão a todas as outras normas de conteúdo similar, isto levaria à extensão da inconstitucionalidade ou, até mesmo da constitucionalidade de todas as normas semelhantes, mudando drasticamente aquele cenário.

Diante deste quadro, é possível constatar que a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes parece ser bastante sedutora, pois viabilizaria a uniformização de decisões com conteúdos semelhantes e, por conseguinte, priorizando a economia e a celeridade processual (art.5º, LXXVIII CF).

Partindo desta premissa, grandes doutrinadores se posicionaram a favor da teoria da transcendência dos motivos determinantes, sem que houvessem feito qualquer crítica à sua adoção.

A título exemplificativo, cabe ressaltar as palavras do professor Roger Stiefelmann Leal:

Resta, portanto, compreender o efeito vinculante como instituto voltado a tornar obrigatória parte da decisão diversa da dispositiva aos órgãos e entidades relacionados no texto normativo. Assim, seu objeto transcende o *decisum* em sentido estrito, alcançando os seus fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgado. Da vinculação aos fundamentos determinantes da decisão decorre, a exemplo dos demais países que adotam o efeito vinculante, a vedação aos seus destinatários de reproduzir em substância o ato declarado inconstitucional, de manter outros atos de conteúdo semelhante e de adotar via interpretativa diversa da acolhida nos julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle principal de constitucionalidade. (...) Em julgados mais recentes, no entanto, o Supremo Tribunal Federal já vem reconhecendo explicitamente a vinculatividade dos fundamentos determinantes das decisões proclamadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, em face do acréscimo de eficácia decorrente da introdução do efeito vinculante.<sup>46</sup>

Nessa mesma linha, Gilmar Ferreira Mendes, talvez o principal defensor da referida teoria, afirma que a posição do STF a respeito da matéria está bem sintetizada no voto do Ministro Maurício Corrêa, relator da Rcl 1.987, o qual concluiu que o efeito vinculante da decisão não está adstrito à parte dispositiva, mas abrange os próprios fundamentos determinantes.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Leal, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.150

<sup>47</sup> Vale citar o seguinte trecho do voto do relator Min. Maurício Corrêa, citado por Gilmar Ferreira Mendes: “Não há dúvida, portanto, de que o Tribunal, no julgamento de mérito da ADI 1.662-SP, decidiu que a superveniência da EC 30/00 não trouxe qualquer alteração à disciplina dos sequestros no âmbito dos precatórios trabalhistas, reiterando a cautelar que o saque forçado de verbas públicas somente está autorizado pela Constituição Federal no caso de preterição do direito de precedência do credor, sendo inadmissíveis quaisquer outras modalidades.

Se assim é, qualquer ato, administrativo ou judicial, que determine o sequestro de verbas públicas, em desacordo com a única hipótese prevista no artigo 100 da Constituição, revela-se contrário ao julgado e desafia a autoridade da decisão de mérito tomada na ação direta em referência, sendo passível, pois, de ser impugnado pela via da reclamação. Não vejo como possa o Tribunal afastar-se dessa premissa. No caso, a medida foi proposta por parte legítima e o ato impugnado afronta o que decidido de forma definitiva pela Corte, razão pela qual deve ser conhecida e provida, sob pena de incentivo ao descumprimento sistemático das decisões da mais alta Corte do País, em especial essas que detêm eficácia vinculante, o que é inaceitável.

(...)

A questão fundamental é que o ato impugnado não apenas constatou a decisão definitiva proferida na ADI 1.662, como, essencialmente, está em confronto com seus motivos determinantes. A propósito, reporto-me à recente decisão do Ministro Gilmar Mendes (RCL 2.126, DJ de 19/08/02), sendo relevante a consideração de importante corrente doutrinária, segunda a qual a ‘eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros’, exegese que fortalece a contribuição do Tribunal para preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”

Para o professor Pedro Lenza, a teoria da transcendência dos motivos determinantes deve ser absolutamente adotada em sede de controle concentrado:

Com o máximo respeito, não parece razoável se desprezar a teoria da transcendência no controle concentrado, já que a tese jurídica terá sido resolvida e o dispositivo deve ser lido, em uma perspectiva moderna, à luz da fundamentação.<sup>48</sup>

Luís Roberto Barroso, ao tratar especificamente da teoria mencionada, afirma que, “por essa linha de entendimento, tem sido reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir”<sup>49</sup>.

Em suma, adotando-se a teoria da transcendência dos motivos determinantes, os órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário, exatamente por estarem abrangidos pela força vinculante do art.102, §2º da CF, não poderão aplicar norma que, da mesma forma que a já declarada inconstitucional pela Suprema Corte, igualmente atenta contra o preceito constitucional indicado na fundamentação exposta.

### 3.2. Distinção entre *ratio decidendi* e *obter dictum*

Outro problema de inegável relevo diz respeito à parte da decisão que terá efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em outras palavras, indaga-se se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais ou, apenas, os chamados fundamentos determinantes.

Primeiramente, é importante esclarecer que as considerações marginais são as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obter dictum*, ao passo que a *ratio decidendi* é a razão jurídica pela qual se

---

<sup>48</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.282

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto.op.cit.184. Como será demonstrado mais adiante, diversamente das considerações feitas pelo referido professor, a teoria da transcendência dos motivos determinantes ainda é tema polêmico no STF.

concluiu pela (in)validade de determinado dispositivo, seu fundamento determinante.

Nas palavras do professor Pedro Lenza:

*Obter dictum* (“coisa dita de passagem”) são comentários laterais, que não influem na decisão, sendo perfeitamente dispensáveis. Portanto, aceita a ‘teoria do transbordamento’, não sealaria em irradiação de *obter dictum*, com efeito vinculante, para fora do processo. Por outro lado, a *ratio decidendi* é a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação. Nessa hipótese, aceita a “teoria dos efeitos irradiantes”, a “razão da decisão” passaria a vincular outros julgamentos.<sup>50</sup>

Convém observar que o caráter transcendente diz respeito à vinculação da norma abstrata extraída da decisão, assim explicado pelo Ministro Gilmar Mendes:

Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os Tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência. Tal como acentuado, o caráter transcendente do efeito vinculante impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquele objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.<sup>51</sup>

O Professor Roger Stiefelmann Leal justifica a importância dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes (*ratio decidendi*) na jurisdição constitucional com as seguintes palavras:

Ante a recalcitrância dos demais poderes, sobretudo mediante alteração material dos atos e condutas declarados inconstitucionais, é possível constatar certa insuficiência na eficácia das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional. A limitação da autoridade da decisão apenas à sua parte dispositiva, a exemplo do que ocorre com as demais decisões jurisdicionais, não observa tais implicações. Em regra, essa parte do julgado cinge-se, no máximo, a declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato normativo. (...) A imposição da *ratio decidendi* que presidiu a decisão aos demais poderes teria como efeito normativo necessário a proibição do uso do expediente da reiteração do comportamento julgado inconstitucional, bem como a obrigação de eliminar os demais atos que encerram o mesmo vício apontado.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> LENZA, Pedro.op.cit. p.282

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n.43, jul.2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/108>. Acesso em 13 de maio de 2011

<sup>52</sup> LEAL, Roger Stiefelmann.op.cit.p.112/113



É pacífico no STF o entendimento de que, uma vez adotada a teoria da transcendência dos motivos determinantes, o caráter transcendente se restringe à *ratio decidendi* da decisão.

Como exemplo, no julgamento da ADI 3.345/DF, que declarou constitucional a Resolução do TSE que reduziu o número de vereadores de todo o País, o STF entendeu que a Suprema Corte conferiu: “(...) efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plenário do RE 197.917”.<sup>53</sup>

Por fim, cabe esclarecer que embora, na teoria, a distinção feita entre *obiter dictum* e *ratio decidendi* seja de fácil constatação, na prática, tais elementos se confundem, cabendo aos Ministros do STF, ao adotar a teoria da transcendência dos motivos determinantes, indicarem com clareza a *ratio decidendi* das decisões.

### **3.3. Aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso de constitucionalidade**

Como visto, a tese da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle abstrato de constitucionalidade de leis é bastante sedutora, uma vez que o próprio texto constitucional (art.102,§2º) conferiu expressamente o efeito vinculante a tais decisões. Não se tratou propriamente do estabelecimento de precedente, e sim da definição da extensão do efeito vinculante.

A principal distinção entre os precedentes e a transcendência é que aqueles são calcados em julgamentos de casos concretos, o que é impossível ocorrer no âmbito do controle de constitucionalidade em tese de atos normativos.

Frise-se que embora ambos institutos tenham características diferentes, de acordo com a procuradora Joana Faria Salomé: “a proximidade da transcendência com o precedente (...) foi decorrência da aplicação da mesma teoria às decisões prolatadas no âmbito de controle

---

<sup>53</sup> ADI 3.345/DF, Rel.Min. Celso de Mello, j.25.08.2005

concreto de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal”<sup>54</sup>.

O entendimento da referida procuradora baseia-se na jurisprudência já ultrapassada do STF<sup>55</sup>. No julgamento da Rcl 2.363/PA, acórdão que será analisado mais adiante, é possível constatar que para o Ministro Gilmar Mendes a aplicação dos fundamentos determinantes é a razão pela qual também os precedentes são respeitados:

Assinale-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no ‘caput’ e §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame.<sup>56</sup>

Assim, percebe-se que o STF tendia a aplicar, com base na proximidade dos dois institutos, a teoria da transcendência dos motivos determinantes também no âmbito do controle difuso. Nas palavras da procuradora Joana Salomé: “Embora sem fundamento normativo, o simples estabelecimento, naquele tribunal superior, da cultura de reaplicação do julgado transcendente a casos semelhantes importa, na prática, em conferir força normativa a seu entendimento”<sup>57</sup>.

Embora, nos termos do art.52, X da CF, uma decisão proferida pela via difusa só terá eficácia *erga omnes* através da intervenção do Senado Federal, respeitável parte da doutrina e alguns julgados do STF e do STJ rumam para uma nova interpretação de tais efeitos, tendo-se iniciado a polêmica no julgamento do Recurso Extraordinário n.197.917-8 SP.

<sup>54</sup> SALOMÉ, Joana Faria.op.cit.p.219

<sup>55</sup> Como será visto mais adiante, a jurisprudência do STF durante o período de 2003 a 2006 se posicionou a favor da adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes, o que não foi mantido a partir de 2007.

<sup>56</sup> Rcl 2.363/PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j.23.10.2003, Pleno, DJ 01.04.2005, p.154

<sup>57</sup> SALOMÉ, Joana Faria.op.cit.p.219.

No referido julgado, o STF declarou inconstitucional lei orgânica do município de Mira Estrela, por entender que o número de vereadores da Câmara municipal era excessivo, o que afronta a exigência constitucional de proporcionalidade à população. Diante da referida decisão, o Tribunal Superior Eleitoral houve por bem baixar uma resolução determinando que todos os municípios adequassem seu número de vereadores aos parâmetros fixados no acórdão do STF. Em outras palavras, o ato normativo do Tribunal Superior Eleitoral conferiu ao julgado o efeito vinculante, mediante a adoção da transcendência dos motivos determinantes, sem que para tanto fosse necessária manifestação do Supremo Tribunal Federal.

Destaca-se, ainda, outro exemplo em que se pode averiguar a tendência do STF em abstrativizar o controle difuso. No julgamento da Rcl n.4335/AC<sup>58</sup>, em que se discutiu sobre a constitucionalidade da “progressão do regime na lei dos crimes hediondos”, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator da referida reclamação, e o Ministro Eros Grau sustentaram que a decisão do STF, mesmo em sede de controle concreto-difuso, contém

---

<sup>58</sup> STF, Rcl 4335/AC, rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, 1 de fevereiro de 2007. Informativos 454: “Preliminarmente, quanto ao cabimento da reclamação, o relator afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada. No ponto, afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Em seguida, entendeu ser necessário, para análise do tema, verificar se o instrumento da reclamação fora usado de acordo com sua destinação constitucional: garantir a autoridade das decisões do STF; e, depois, superada essa questão, examinar o argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia *erga omnes* da decisão no HC 82959/SP dependeria da expedição da resolução do Senado suspendendo a execução da lei (CF, art. 52, X). (...) Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau.”

Informativo 463: “O Min. Eros Grau, em voto-vista, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, no sentido de que, pelo art. 52, X, da CF, ao Senado Federal, no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei.” (grifo nosso).

força normativa bastante para suspender a execução da lei, cabendo ao Senado Federal apenas conferir publicidade à suspensão já determinada pelo STF.

Ressalte-se que para o Ministro Gilmar Mendes tal concepção seria proveniente de uma nova interpretação acerca do instituto previsto no art.52, X da CF, prescindindo de uma reforma constitucional.

As razões suscitadas pelo Ministro Gilmar Mendes são bastante atraentes, entretanto algumas ressalvas importantes devem ser feitas. O primeiro fundamento a favor da mutação constitucional parte da constatação de que, a partir da Constituição de 1988, houve uma significativa expansão dos mecanismos de controle concentrado de normas e, por conseguinte, um estreitamento na utilização da via difusa. Com isso, se torna necessária a reapreciação da competência do Senado Federal no controle difuso. Já o segundo fundamento baseia-se no imperativo da economia processual. Isto evitaria que o STF fosse obrigado a apreciar questões repetitivas, o que contribuiria com a diminuição de processos nessa Corte.

É importante ressaltar o significado da mutação constitucional: é uma alteração no sentido atribuído ao texto constitucional, sem modificar a sua redação. A mutação constitucional advém de novos fatores sociais, políticos, que modificam o significado da redação do próprio texto.

No fundo, objetivam os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau dar nova interpretação ao art. 52, X do CF, modificando a competência original do Senado Federal em suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional pelo STF para: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, da lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”<sup>59</sup>.

No entanto, esta nova interpretação não pode ser denominada mutação constitucional, pois desrespeita o próprio limite hermenêutico do

---

<sup>59</sup> LEITE, Glauco Salomão. op.cit. p.9

texto normativo. E caso fosse assim chamada (mutação constitucional), esta seria ilegítima uma vez que ultrapassa os limites da atuação da jurisdição constitucional.

Além disso, tendo em vista que esta proposta de mutação constitucional traz mudanças na competência específica do Senado (pois o poder de suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo STF no controle difuso seria transferido imediatamente para a própria Corte), isto promoveria uma alteração que só seria válida se realizada mediante emenda constitucional.<sup>60</sup>

Em outras palavras, com a mutação constitucional, o STF realizaria uma usurpação de competência, violando ao princípio da separação dos poderes. Logo, a única possibilidade de assegurar a constitucionalidade da nova tendência do STF (abstrativização do controle difuso) seria uma reforma constitucional.

Cabe ressaltar que, com a modificação do art. 52, X e a regra do art. 97 CF e, por conseguinte, com a aplicação da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, estaria autorizada a utilização da reclamação nos casos de descumprimento da tese constitucional resolvida enquanto questão prejudicial.

Além do Ministro Gilmar Mendes, Teori Albino Zavascki também é um dos defensores da aplicação da transcendência dos motivos determinantes em sede de controle difuso.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Vale ressaltar que a tese da mutação constitucional está intimamente vinculada à formação das súmulas vinculantes, que serão comentadas na pág. 48

<sup>61</sup> Pede-se vênica para transcrever trecho do voto do Ministro Teori Albino Zavascki, relator do RESP 828.106/SP, 1ª Turma, j.02.05.2006, DJ 15.05.2006: “(...) 6. A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art.741, §único; art.475-L, §1º, redação da Lei 11.232/05...). Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países (SOTELO, José Luiz Vansquez. A jurisprudência vinculante na ‘common law’ e na ‘civil law’, Temas atuais de direito processual ibero-americano, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p.374; SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescencia de la bipolaridad ‘modelo americano-modelo europeo kelsiano’ como

Lúcio Bittencourt, respeitável doutrinador, muito embora conhecedor da doutrina de Liebman e da distinção entre autoridade da coisa julgada e eficácia natural da sentença, chegou a afirmar, influenciado pela regra do *stare decisis* norte-americano, que a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto, reconhecendo a ineficácia da lei, teria eficácia para todos.<sup>62</sup>

No entanto, esta tendência sempre foi criticada por Alfredo Buzaid, que não admitia a qualidade da imutabilidade para as questões prejudiciais decididas incidentalmente no processo (art.469, III, do CPC). Em suas palavras:

teriam razão os ilustres autores (referindo-se a Lúcio Bittencourt e Castro Nunes) se, no litígio constitucional, o objeto do processo fosse a lei em si, não o direito subjetivo da parte; nestas condições, a coisa julgada, transcendendo os limites da demanda, abrangeria a todos. Mas enquanto os juízes resolvem *in casu* o direito particular, ameaçado ou violado por ato ilegal da legislatura ou do executivo, os efeitos do julgado vale *inter partes*, não se estendendo *erga omnes*. A única maneira de se estender os efeitos da decisão *erga omnes* seria mediante resolução do Senado Federal, que suspenderia a execução da lei, cassando, em definitivo, a sua eficácia.<sup>63</sup>

Por todo o exposto, embora a teoria da transcendência dos motivos determinantes pareça bastante relevante e eficaz, sobretudo no que tange à economia e à celeridade processual, não há, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras que estejam em conformidade com a Constituição Federal para a sua implementação.

### **3.4. Súmula Vinculante e a teoria da transcendência dos motivos determinantes**

Como visto anteriormente, a eficácia *erga omnes* da decisão foi prevista somente para o controle concentrado de constitucionalidade e, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, para a súmula vinculante. No que diz respeito ao controle difuso, a eficácia *erga omnes* só seria possível

---

criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa, apud Parlamento y Constitución, Universidad de Castilla-La Mancha, Anuario (separata), n.6, p.1-53). No atual estágio de nossa legislação (...) é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art.52,X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes...”

<sup>62</sup>BITTENCOURT, C.A.Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2ª ed.1968, p.142

<sup>63</sup>BUZOID, Alfredo. op.cit. p.85-86

após a atuação discricionária do Senado Federal, nos termos do art.52, X da CF.

Segundo o professor Pedro Lenza, os argumentos principais que justificam a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes podem ser assim resumidos:

- a) força normativa da Constituição;
- b) princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários;
- c) o STF enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo;
- d) dimensão política das decisões do STF<sup>64</sup>.

A partir disso, é compreensível a possibilidade de aplicação da referida teoria no âmbito de controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que não há nenhum óbice constitucional para tanto (como ressaltado, a sua aplicação funda-se na interpretação acerca da extensão de seu efeito vinculante).

No controle difuso, por sua vez, surge um entrave de grande relevância: compete unicamente ao Senado Federal, por meio de resolução, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

No julgamento da referida Rcl nº 4335/AC, o Ministro Joaquim Barbosa, em contraposição à abstrativização no controle difuso defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, ressaltou um argumento de suma importância. É que com a criação do mecanismo da súmula vinculante pela Emenda Constitucional n. 45/2004 dotou o Supremo Tribunal Federal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção. A suspensão da execução da lei pelo Senado, portanto, não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões do STF, mas complemento.

De acordo com o art.103-A da CF, um dos requisitos para a criação da súmula vinculante é a controvérsia atual entre os órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a Administração Pública a respeito da eficácia,

---

<sup>64</sup> LENZA, Pedro.op.cit. p.257

interpretação e validade de uma determinada norma. Este requisito nada mais é que a controvérsia sobre a constitucionalidade ou não de uma norma. Assim, quando o STF se manifestar acerca de tal controvérsia, estará apreciando a constitucionalidade de uma norma pela via difusa.

Percebe-se que a adoção do instituto da súmula vinculante se contrapõe à mutação constitucional, além de ser o meio mais legítimo e eficaz para alcançar a transcendência, com caráter *erga omnes*, dos motivos determinantes da sentença no controle difuso. Isto porque tal instituto foi desenvolvido através de emenda constitucional, respeitando a segurança jurídica e evitando o casuísmo.

Outro requisito para a edição da súmula vinculante diz respeito à existência de reiteradas decisões em um mesmo sentido. Se tais decisões isoladas fossem de caráter vinculante, ou seja, de eficácia geral e obrigatória, seria inútil a criação deste referido instituto.

No mais, a segurança se completa com a exigência de quórum qualificado de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal para a edição da súmula vinculante, mais seguro do que aquele constitucionalmente exigido para a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto (maioria absoluta dos Ministros).

Nessa linha, cumpre observar que o STF, editando a súmula vinculante n.26/2009<sup>65</sup>, tende a aceitar a tese que rechaça a abstrativização do controle difuso, sustentada pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa.

Em síntese, como bem ressaltado pelo professor Glaucio Salomão Leite:

a súmula vinculante representa um mecanismo que pode tornar mais ágil a atribuição de caráter obrigatório às decisões de inconstitucionalidade do STF, quando proferidas em controle difuso, sem recorrer à (questionável) tese da

---

<sup>65</sup> Cabe ressaltar que a SV n.26/2009, editada em 16.12.2009, foi fruto do entendimento fixado no HC 82.595, no sentido de observância ao princípio da individualização da pena (art.5º, XLVI). A referida súmula tem o seguinte teor: “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art.2º da Lei n.8072, de 26 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”



mutação constitucional, pelo que o Senado ficaria reduzido a um órgão de mera publicidade daquela Corte. Assim, com a súmula, dispensa-se a intervenção do Senado, sem violar a Constituição.”<sup>66</sup>

### **3.5. A teoria da transcendência dos motivos determinantes na jurisprudência do STF**

Feita uma análise a partir do STF da evolução histórica do sistema de controle de constitucionalidade, dos significados e diferenças entre os efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* e propriamente do conceito da teoria da transcendência dos motivos determinantes, cabe, por fim, indagar qual é o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca de tal matéria.

É curioso constatar que muitos autores e doutrinadores ainda sustentam que o STF continua a adotar a referida teoria, o que não condiz com a realidade. Todavia, há de se observar que até hoje este tema é considerado de grande complexidade, gerando opiniões contrárias e diversos debates entre os ministros que compõem o órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Com objetivo de destacar as posições divergentes acerca da teoria na jurisprudência do STF, dois acordãos, o primeiro julgado em 23.10.2003 e o segundo em 02.08.2007, serão ora analisados.

#### **3.5.1. Análise jurisprudencial: Rcl 2.363-0 x AgRg na Rcl 2.475-0**

No julgamento da Rcl 2.363-0, cujo relator era o Ministro Gilmar Mendes, o Tribunal julgou procedente a reclamação, a fim de adotar a transcendência dos motivos determinantes, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto.

A referida reclamação foi proposta pelo Município de Capitão Poço, com base nos arts. 102, I, “I” da CF, 13 da Lei 8.038/90 e 156 do Regimento Interno do Supremo Tribunal, contra ato do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região que ordenou o bloqueio dos recursos financeiros da referida Municipalidade no valor de R\$

---

<sup>66</sup> LEITE, Glauco Salomão, op.cit.p.17.

1.553.661,16, relativo às cotas do Fundo de Participação dos Municípios, conduta esta que teria violado a autoridade constitucional do STF.

De acordo com o reclamante, o ato questionado estava em discordância com pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na decisão proferida quando do exame da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.662/DF. Em tal ocasião, a Suprema Corte entendeu estar restrita a possibilidade de bloqueio apenas aos casos de preterição do direito de precedência, conforme disciplina o art.100, §2º da CF, bem como àqueles de não pagamento de parcelas relacionadas pelo art.78, §4º do ADCT, posicionamento que não se encontraria em harmonia com o que adotado pela decisão combatida pela reclamação.

O reclamante pleiteou cautelar, a qual foi deferida, suspendendo a execução da ordem de sequestro dos valores referidos e, conseqüentemente, determinando a imediata devolução aos cofres públicos do Município de Capitão Poço.

Cabe destacar o seguinte trecho da referida decisão:

Assim, adotada a ideia de que o efeito vinculante alcança os fundamentos determinantes da decisão, afigura-se necessário, nesse primeiro exame, considerar o parâmetro interpretativo fixado pela Corte na ADI 1.662.

Nos autos da ADI 1.662 esta Corte já se pronunciou no sentido de que a previsão de sequestro contida no §2º do art. 100 da Constituição deve ser interpretada necessariamente de modo restritivo.

Decidiu-se, especificamente, que a ‘equiparação da não inclusão no orçamento das verbas relativas a precatórios, ao preterimento do direito de precedência, cria, na verdade, nova modalidade de sequestro, além da única prevista na Constituição’.

Tenho por aplicável ao caso o precedente firmado pelo Plenário desta Corte na Rcl 1.662(...).

Observa-se que, neste caso, a teoria da transcendência dos motivos determinantes foi adotada pelo Ministro Relator. O primeiro fundamento que deve ser ressaltado a favor deste posicionamento, parte da constatação do próprio Ministro Gilmar Mendes de que o ato impugnado pelo reclamante “não teve por fundamento os itens da Instrução Normativa 11/97 – TST (objeto da ADI 1662)”<sup>67</sup>. Ou seja, “embora os fundamentos adotados pelas decisões questionadas não guardem identidade com o objeto

---

<sup>67</sup> Rcl 2.363/PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j.23.10.2003, Pleno, DJ 01.04.2005, p.143

da ação direta invocada como supedâneo para a reclamação, houve evidente afronta à autoridade da decisão de mérito proferida pelo Tribunal na ADI 1662.”<sup>68</sup>

Verifica-se, portanto, que, neste acórdão (Rcl 2.363-0) julgado em 2003, a identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático não foi um requisito observado para julgar procedente a reclamação. Isto porque, como frisado pelo ministro relator, o fato de o objeto da ação ser diverso não obstaculiza que as razões determinantes da decisão proferida na ADI 1.662 afigurem-se aplicáveis ao caso em exame.

Para o ministro Gilmar Mendes, o que possibilita o acórdão da ADI ser paradigma neste caso é o próprio limite objetivo do efeito vinculante. Em outras palavras, o efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados fundamentos determinantes.

Como visto anteriormente, estabeleceu o constituinte, nos termos do art. 102, §2º da CF, que a decisão definitiva de mérito proferida na ação declaratória de constitucionalidade, bem como na ação direta de inconstitucionalidade<sup>69</sup>, produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

O instituto do efeito vinculante é explicado pelo Ministro Gilmar Mendes, no acórdão ora analisado, com as seguintes palavras:

O efeito vinculante da decisão está intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional em dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal. (...) Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais. Esse foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal na ADC 4, ao reconhecer efeito vinculante à decisão proferida em sede de cautelar, a despeito do silêncio do texto constitucional (...).<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Idem.

<sup>69</sup> É importante ressaltar que, para o Ministro Gilmar Mendes, a ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas ações caráter dúplice ou ambivalente. Logo, os efeitos produzidos numa decisão de mérito proferida na ADC serão os mesmos atribuídos numa decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade.

<sup>70</sup> Rcl 2.363/PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j.23.10.2003, Pleno, DJ 01.04.2005, p.145

É certo que no acórdão mencionado pelo ministro relator (ADC4), o Tribunal, por maioria, conheceu o pedido de medida cautelar, por entender possível o exercício, pelo STF, em sede de ADC, do poder geral de cautela. Por esta razão é que foi reconhecido efeito vinculante à decisão proferida em sede de cautelar. No entanto, vale citar trecho do voto vencido do Ministro Marco Aurélio, na ADC 4, que contrapôs os argumentos suscitados pelo Ministro Gilmar Mendes em tal ocasião:

Quer-se mediante esta ação, alcançar objetivo único, ou seja, o acesso imediato ao Supremo Tribunal Federal, deixando-se, assim, de observar os meios próprios previstos no Código de Processo Civil (...). Os olhos do Judiciário, da comunidade jurídico-acadêmica estão voltados para este julgamento. De um lado, tem-se uma política governamental em curso e tudo é feito, admito, visando à obtenção do almejado êxito, presente a ênfase ao enxugamento das despesas públicas. De outro, surge com força maior a circunstância de viver-se em um Estado Democrático de Direito e com este é incompatível o atropelo a princípios constitucionais, ao Direito positivo, no que conduz à total insegurança jurídica.

Percebe-se que a questão colocada pelo Ministro Marco Aurélio deve ser também refletida no que diz respeito à adoção ou não da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

É de se indagar se a transcendência dos fundamentos determinantes de uma decisão é a forma mais adequada – mecanismo que trará segurança jurídica, respeitando os princípios constitucionais – para o Supremo Tribunal Federal exercer a sua função de guardião da Constituição Federal ou se por meio dela busca-se a prática, em última análise, da chamada “ditadura constitucional”.<sup>71</sup>

Ainda no julgamento da Rcl nº 2.363/PA, convém observar que o Ministro Gilmar Mendes, ao desenvolver o conceito de efeito vinculante e seus limites objetivos, esclarece que a concepção de tal instituto está estritamente vinculada ao modelo germânico: “Embora a Emenda n. 3/93

---

<sup>71</sup> Em 16.10.2003, a Folha de São Paulo publicou artigo de Dalmo de Abreu Dallari, com o título “Ditadura Constitucional”, criticando a ADC 4. Advertiu o Autor: “Acumulando uma série de absurdos, pretende-se que por meio daquela ação declaratória todas as decisões já proferidas sejam revogadas e todas as ações em andamento no Brasil sejam sustadas, para impedir que haja decisão liminar contra a Fazenda Pública.

Além de dar efeito executório a uma ação que se chama declaratória, estará sendo introduzido aí um efeito vinculante não previsto na legislação. E, submetendo todas as ações já em andamento ao que for decidido pelo STF, está sendo restaurada a antidemocrática advocatória, que já existiu durante as ditaduras unilaterais e não teve acolhida na Carta de 1988” (DALLARI, Dalmo de Abreu. Ditadura Constitucional. *Folha de São Paulo*, São Paulo. 16.10.2003. p.3)

não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o efeito vinculante, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original.” E conclui: “Assim, parece legítimo que se recorra à literatura alemã para explicitar o significado do efeito do instituto”<sup>72</sup>.

Ora, é curioso o fato de o ministro relator analisar o instituto do efeito vinculante sob a perspectiva do direito alemão. É como se o direito brasileiro e, em especial, toda a evolução de seu controle de constitucionalidade tivesse idêntica estrutura à do Tribunal alemão. Esta, todavia, é a premissa do ministro relator.

No entanto, cabe ressaltar que, diversamente do que é defendido pelo Ministro Gilmar Mendes, o modelo alemão, em comparação com os outros sistemas de controle de constitucionalidade europeus, apresenta caráter particular no que diz respeito à concepção do instituto do efeito vinculante, não podendo ser considerado pelo direito brasileiro como o único modelo existente.

Nas palavras do professor Elival da Silva Ramos:

Nos sistemas de controle de concentrado, a inexistência, via de regra, de eficácia *erga omnes* nas decisões de improcedência da questão de constitucionalidade ou da arguição direta, bem como a não atribuição dos efeitos vinculantes à fundamentação dos decisórios, levou os órgãos de controle à alternativa de fulminarem determinadas alternativas exegéticas consagradas pela jurisdição ordinária, a despeito de ser poupado o texto normativo do qual dinamam.<sup>73</sup>

E conclui:

A propósito, sentenciou Rubbio Liorenti, ao descrever as notas tipificadoras dos sistemas europeus atuais: ‘Se a eficácia *erga omnes* das sentenças constitucionais é atributo exclusivo dos comandos anulatórios, é claro, com efeito, que dela carecem as *rationes decidendi*’ (La jurisdicción, cit. p.31). O sistema de controle alemão, como é sabido, adota, nesse ponto, soluções que singularizam no contexto do sistema modelar europeu<sup>74</sup>.

Convém observar que com a adoção da transcendência dos motivos determinantes, tem-se admitido reclamação contra qualquer ato,

<sup>72</sup> Rcl 2.363/PA, op.cit., p.146

<sup>73</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. Editora Saraiva, 2010. São Paulo. p.210

<sup>74</sup> Idem.

administrativo ou judicial, que contrarie a interpretação constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Ou seja, caso seja desrespeitado o efeito vinculante de uma decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, caberá reclamação para impugná-la.

É importante verificar também se terceiros dispõem ou não legitimidade para ajuizar reclamação perante o STF. Nas palavras do professor Luís Roberto Barroso, “a legitimidade ativa para a medida tem sido conferida a terceiros – isto é, a quem não foi parte no processo objetivo de controle concentrado -, desde que necessária para assegurar o efetivo respeito aos julgados da Corte”<sup>75</sup>. Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal já firmou orientação neste sentido. O caso em análise é o maior exemplo disso: enquanto o legitimado ativo do processo objetivo de controle concentrado (ADI 1.662) era o Governador de São Paulo, o requerente da Rcl 2.363/PA é o Município de Capitão Poço.

Durante o período de 2003 a 2006<sup>76</sup>, o Supremo Tribunal Federal se posicionou, na maioria de seus julgados, a favor da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Entretanto, o Tribunal começou a modificar o seu entendimento a partir de 2007.

No julgamento da AgRg na Rcl 2.475-0/MG, segundo acórdão a ser analisado, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Celso de Mello.

Em tal ocasião, foi indeferida a liminar requerida pela União, por não ter sido vislumbrada a configuração do *fumus boni juris*. Dentre os argumentos suscitados pela agravante, cabe citar (i) o desrespeito à autoridade da decisão proferida na ADC 1/DF, decisão essa que considerou ser a L.C. 70/91, instituidora da COFINS, materialmente ordinária e apenas

---

<sup>75</sup> BARROSO, Luís Roberto. op.cit. p.208

<sup>76</sup> À título exemplificativo, cabe citar alguns acórdãos que adotaram a teoria da transcendência dos motivos determinantes durante o respectivo período: Rcl 1880 AgR / SP, Rcl 1987 / DF, RE 197917 / SP, Rcl 2986 MC / SE

formalmente complementar e (ii) a existência do *fumus boni juris*, porque, de acordo com a agravante, a decisão reclamada desrespeitava fundamento determinante de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar trecho da decisão agravada:

O efeito vinculante é da decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade. A decisão proferida na ADC 1/DF, relatada pelo Ministro Moreira Alves, limitou-se a ‘conhecer em parte da ação, e, nessa parte, julgá-la procedente, para declarar, com os efeitos vinculantes previstos no parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 3/93, a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 10, bem como da expressão ‘A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei complementar não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social’ (...). A decisão, está-se a ver, não assentou ser a Lei Complementar 70/91 lei complementar simplesmente formal. É verdade que, no voto do Ministro Relator isso foi dito. Trata-se, entretanto, de um obiter dictum. Também no meu voto expressei obiter dictum igual. Assim, pelo menos ao primeiro exame, não vejo configurado o *fumus boni juris* que autorizaria o deferimento da liminar.

Para o Ministro Carlos Velloso, relator da AgRg na Rcl 2.475-0/MG, o efeito vinculante se restringe ao que foi decidido pela Corte, no julgamento da ADC 1/DF. Em outras palavras, limita-se ao que está resumido no dispositivo do voto do Relator, na ementa do acórdão, *verbis*:

Ementa: Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigos 1º, 2º, 9º (em parte), 10 e 13 (em parte) da Lei Complementar nº 70, de 30.12.91. COFINS.

- A delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lites da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar.

- Improcedência das alegações de inconstitucionalidade da contribuição social instituída pela Lei Complementar nº 70/91 (COFINS).

Ação que se conhece em parte, e nela se julga procedente, para declarar-se, com os efeitos previstos no parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 10, bem como das expressões ‘A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social’ contidas no artigo 9º, e das expressões ‘Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte nos noventa dias posteriores, àquela publicação (...)’ constantes do artigo 13, todos da Lei Complementar nº 97, de 30 de dezembro de 1991.

Além disso, explica o ministro relator que a questão colocada no acórdão em exame – ou seja, se a Lei Complementar 70/91 é lei complementar simplesmente sob o ponto de vista formal, mas materialmente lei ordinária – não foi decidido pelo tribunal no julgamento

da ADC 1/DF por não ter sido este o seu pedido. Diante disso, “não poderia o Tribunal isso decidir, sob pena de decidir extra petita”<sup>77</sup>.

Outra questão de extrema importância discutida no julgamento em análise diz respeito à diferença entre *obter dictum* e *ratio decidendi*. Como observado no capítulo anterior, na prática, é difícil distinguir tais elementos, cabendo aos ministros exercer tal função.

No acórdão ora analisado, o ministro relator afirmou que, embora o Ministro Moreira Alves, na ADC 1/DF, tenha mencionado que “essa lei [Lei Complementar nº 70/91], com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são objeto desta ação –, é materialmente ordinária”, esta afirmativa é considerada um *obter dictum*. E conclui o ministro afastando de vez a aplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes: “De um modo ou de outro – fundamento ou *obter dictum* – não integram o dispositivo da decisão”<sup>78</sup>.

Após os votos do Ministro Marco Aurélio e Ministro Sepúlveda Pertence, que acompanharam o ministro relator, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos.

Como já mencionado anteriormente, um dos principais defensores da teoria da transcendência dos motivos determinantes é o próprio ministro Gilmar Mendes. Logo, o seu voto foi no sentido de dar provimento ao agravo regimental em análise, por entender que o alcance do efeito vinculante vai além do dispositivo, devendo ser considerado também os fundamentos determinantes do acórdão paradigmático.

No que tange especificamente ao julgamento da AgRg na Rcl 2.475, o Ministro Gilmar Mendes enfatizou que a natureza jurídica da Lei Complementar nº 70/91 foi expressamente tratada nos votos de alguns ministros que estavam presentes quando do julgamento da ADC nº 1/DF.

Dessa forma, para o referido ministro, não se pode deixar de admitir que a decisão proferida na ADC nº 1/DF foi enfática ao reconhecer, como

---

<sup>77</sup> Rcl 2.475-AgR/MG, Rel. Ministro Carlos Velloso, j.02.08.2007, Pleno, DJ 01.02.2008, p.94

<sup>78</sup> Idem.



um de seus fundamentos determinantes, “que não se exige lei complementar para a disciplina dos elementos próprios à hipótese de incidência das contribuições desde logo previstas no texto constitucional, de forma que, por razões lógicas, a Lei Complementar nº 70/91 é, materialmente, uma lei ordinária, muito embora seja, à evidência, lei formalmente complementar”<sup>79</sup>.

Cabe ressaltar que, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes refutou o argumento trazido pelo ministro relator de que o objeto do acórdão em análise tenha sido apenas complementação ao fundamento principal na ADC nº 1/DF, isto é, um *obiter dictum*. Isto porque “resta claro do voto do Ministro Moreira Alves que esta é premissa essencial, a qual conduziu à conclusão pela constitucionalidade dos dispositivos em discussão”.<sup>80</sup>

É evidente que, para o Ministro Gilmar Mendes, a única forma de que, neste caso, viesse a ser adotada a transcendência dos motivos determinantes, seria chamando a atenção para o fato de que a natureza jurídica da lei complementar nº 70/91 tenha sido um dos fundamentos determinantes do acórdão paradigmático. Afinal, como mencionado no capítulo anterior, é pacífico o entendimento de que o caráter transcendente se restringe à *ratio decidendi* da decisão e não às suas considerações marginais.

Ainda que no acórdão ora analisado tenha prevalecido a inaplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes, convém observar que acompanharam o voto do Ministro Gilmar Mendes a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, o que demonstra que a adoção ou não da teoria ainda é um tema polêmico.

Nesta linha, o STF tem mantido a posição em desfavor da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Inclusive, diversamente do que foi apontado no acórdão julgado em 2003, atualmente o STF tem rejeitado de vez a aplicabilidade da referida teoria quando há

---

<sup>79</sup> Rcl 2.475-AgRg/MG, Rel. Ministro Carlos Velloso, j.02.08.2007, Pleno, DJ 01.02.2008, p.112

<sup>80</sup> Idem.

ausência de identidade perfeita entre o ato impugnado e a decisão apontada como violada.<sup>81</sup>

No julgamento da Rcl10604 ocorrido em 08.09.2010, proposta pelo Joaquim Roriz, o mesmo alegou que o Tribunal Superior Eleitoral, ao manter indeferimento do registro de sua candidatura ao cargo de governador do Distrito Federal, teria desrespeitado diversas decisões do STF, relacionadas à aplicação do art. 16 da CF.

Em referido julgado, há referência à questão de ordem na Rcl 4219, na qual se sinaliza a manifestação de seis ministros contra a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

De acordo com Pedro Lenza, “parece que se trata da verdadeira jurisprudência defensiva, no sentido de se evitar o número crescente de reclamações”<sup>82</sup>.

Frise-se que o acórdão em comento ainda não foi publicado, logo a matéria é inacessível. De qualquer forma, cabe ressaltar as palavras do relator Ministro Ayres Britto:

No julgamento da Rcl 4219, esta nossa Corte retomou a discussão quanto à aplicabilidade dessa mesma teoria da transcendência dos motivos determinantes, oportunidade em que deixei registrado que tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo. No mesmo sentido, cinco ministros da Casa esposaram entendimento rechaçante da adoção do transbordamento operacional da reclamação, ora pretendido. Sem falar que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal já rejeitou, em diversas oportunidades, a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das suas decisões (cf. Rcl 2.475-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; Rcl 2.990-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; Rcl 4.448-AgR, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; Rcl 3.014, de minha própria relatoria).

Assim, como bem observado pelo Ministro Ayres Britto, quanto maior for o respeito ao regime democrático, maior será a desconcentração do poder no órgão da cúpula do Poder Judiciário.

---

<sup>81</sup> A título exemplificativo, cabe citar os seguintes acórdãos: AgRg Rcl 4.911; AgRg Rcl 6319, AgRg Rcl 8175, AgRg Rcl 6204

<sup>82</sup> LENZA, Pedro. op.cit. p.282

Em última análise, a posição de cada ministro acerca da aplicabilidade ou não da teoria da transcendência dos motivos determinantes está intimamente vinculada com a sua concepção sobre o que representa o STF para um Estado Democrático de Direito e qual é o melhor mecanismo para que se possa exercer a sua função primordial de guarda e defesa da Constituição Federal.

A jurisprudência acerca da matéria demonstra que a aplicabilidade da referida teoria ainda é tema polêmico e de grande divergência entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, isto porque a sua adoção, sobretudo no âmbito do controle concentrado, é bastante atraente. Diante disso, pode-se afirmar que a complexidade do tema e a repercussão de sua adoção não são proporcionais ao número de ministros que tem o poder de decidir sobre a sua aplicabilidade, ou seja, apenas seis ministros.

Portanto, é imprescindível que a origem da teoria da transcendência dos motivos determinantes e as consequências de sua adoção sejam questionadas, pois embora o STF apresente papel relevante como concretizador da Constituição Federal, a utilização de alguns mecanismos que tenham como escopo a racionalização do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro deve ser rechaçada pela sociedade.

## Conclusão

O presente estudo teve como escopo principal abordar o significado da teoria da transcendência dos motivos determinantes e analisar o entendimento do STF acerca de tal matéria.

Para isso, foi indispensável traçar um breve histórico do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir do STF. Foi constatado que o aperfeiçoamento de tal sistema se deu em razão (i) da criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade; (ii) da aprovação da lei nº 9868/99, que regulamentou o processo e julgamento da ADIN e ADC; (iii) da regulamentação da ADPF e (iv) inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, os quais colaboraram para o fortalecimento da função essencial do STF de guarda e defesa da Constituição Federal.

Somente com a Constituição Federal de 1988 é que houve a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, tornando tal mecanismo o mais utilizado para que questões constitucionais fossem solucionadas. Ao mesmo tempo, não houve qualquer alteração no controle concreto-difuso, o que reforça a ideia de que no Brasil, hoje, prevaleça a fiscalização abstrata.

Embora a Constituição Federal tenha permitido uma maior dinâmica entre os controles difuso e concentrado, algumas incoerências quanto à eficácia das decisões do STF são perceptíveis.

Foi apresentada a questão da abstrativização no controle difuso, em que os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, principais defensores desta tese, pretendem dispensar a intervenção do Senado Federal nesta espécie de controle, através de uma nova interpretação do art.52, X da CF. Ao passo que o argumento trazido pelo Ministro Joaquim Barbosa foi de que a criação do mecanismo da súmula vinculante pela Emenda Constitucional n. 45/2004 dotou o STF de um poder que dispensaria a referida intervenção, de forma a trazer maior segurança jurídica.

A teoria da transcendência dos motivos determinantes é um dos temas mais polêmicos discutidos na atualidade. É possível afirmar que, em primeira análise, a adoção da referida teoria parece ser bastante sedutora, pois viabilizaria a uniformização de decisões com conteúdos semelhantes e, conseqüentemente, estaria priorizando a economia e a celeridade processual. Por esta razão é que durante 2003 a 2006 a jurisprudência do STF se posicionou neste sentido.

No acórdão analisado pelo presente trabalho cujo julgamento ocorreu em 2003, o entendimento majoritário dos ministros era de que o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF não poderia estar limitado à sua parte dispositiva, devendo ser respeitado também os fundamentos determinantes, isto é, a *ratio decidendi*.

A partir de 2007, o STF passou a afastar a aplicabilidade da referida teoria, entendendo que o efeito vinculante das decisões proferidas por tal órgão se restringe ao dispositivo da sentença.

Ainda que, atualmente, a jurisprudência do STF se posicione em desfavor à aplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes, este tema continua sendo polêmico e de grande complexidade, devendo ser sempre questionadas a origem e as conseqüências de sua adoção.

Cabe ao STF como guardião da Constituição Federal, fiscalizar a legitimidade das leis, em consonância com os princípios constitucionais e o regime democrático. Entretanto, alguns mecanismos que venham a ser utilizado por tal órgão a fim de racionalizar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro deverá ser rechaçado pela sociedade.

## Bibliografia

1. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª Ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2006, 333p.
2. CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1995, 356p.
3. DALLARI, Dalmo de Abreu. Ditadura Constitucional. *Folha de São Paulo*, 16 de outubro de 2003
4. FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*. Salvador. Editora Juspodium, 2009, 313p.
5. LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo. Editora Saraiva, 2006, 224p.
6. LEITE, Fábio C. *1897 – A Matriz Político-Institucional da República no Brasil*. Tese PUC-Rio, 2002  
 \_\_\_\_\_. *ADIN e ADC, e a Ambivalência possível: uma proposta*, 39p.
7. LEITE, Glauco Salomão, “A extensão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. Trabalho original publicado em LEITE, George Salomão, *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodium, 2008.
8. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2011, 1177p.
9. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2009, 1428p.  
 \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2005, 446p.
10. PAULO, Vicente de e ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de Constitucionalidade*. 2ª Ed. Niterói. Editora Impetus, 2008, 396p.

11. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo. Editora Saraiva, 2010, 333p.
12. SALOMÉ, Joana Faria. “A teoria da transcendência dos motivos determinantes no Supremo Tribunal Federal”. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, v.404, p.209-223, jul/ago.2009

### **Jurisprudência**

1. STF, ADC 1, Rel. Ministro Moreira Alves. Brasília, 1º de dezembro de 1993.
2. STF, ADC 4, Rel. Ministro Sydnei Sanches. Brasília, 11 de fevereiro de 1998
3. STF, ADI 3.345, Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, 25 de agosto de 2005.
4. STF, AI 472.897, Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 de setembro de 2007.
5. STF, Rcl 1.987, Rel. Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 1º de outubro de 2003.
6. STF, Rcl 2.363, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 23 de outubro de 2003.
7. STF, Rcl 2.475, Rel. Ministro Carlos Velloso. Brasília, 02 de agosto de 2007.
8. STF, Rcl 4.335, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 1º de fevereiro de 2007.
9. STF, Rcl 10.604, Rel. Ministro Ayres Britto. Brasília, 08 de setembro de 2010.
10. STF, Rcl AgRg 1.880, Rel. Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 07 de novembro de 2002.