

A Transcendência dos Fundamentos Determinantes das Decisões Proferidas pelo
Supremo Tribunal Federal na Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade

Marcelo Cama Proença Fernandes

1 – Introdução: o papel desempenhado pelo Poder Judiciário nas sociedades pós-positivistas

Como se sabe, o escopo essencial de que se reveste a atuação jurisdicional consiste na pacificação social, mediante a solução de conflitos.¹ Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário, a quem compete o desempenho desta relevante função, a atribuição de aplicar o direito vigente ao caso concreto, criando a norma jurídica individual e solucionando a lide a ele apresentada por intermédio das partes processuais.

Contudo, outra importante função é desempenhada pelas Cortes judiciárias. Trata-se da tarefa de desenvolver e complementar o direito posto no ordenamento positivo. Mediante a interpretação jurisdicional, os juízes e tribunais não apenas aplicam mecanicamente as normas jurídicas, mas também revelam, criam, alteram e desenvolvem o direito legislado.

Na sociedade de massas e no mundo globalizado e tecnológico em que se vive hoje, mostra-se de todo inviável para o legislador acompanhar as constantes e intensas mudanças que ocorrem. Muitos temas, em consequência, acabam ficando sem a devida previsão normativa e as lides dele decorrentes precisam, dada a inafastabilidade da jurisdição, ser dirimidas pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, assume pertinência a lição de Celso de Albuquerque Silva, para quem *“a velocidade das mudanças em situações anteriormente*

¹ Nesse sentido, dentre outros, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (JÚNIOR, Nelson Nery et al. Código de Processo Civil Comentado. Editora RT, 10 ed., p. 164), Celso de Albuquerque Silva (SILVA, Celso Albuquerque. Do Efeito Vinculante: Sua Legitimação e Aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 143) e Erich Oliveira Rocha (ROCHA, Erich Oliveira. A Transcendência dos Fundamentos Determinantes do Julgado e a Mitigação do Postulado Constitucional da Reserva de Plenário. Brasília: texto inédito, disponível na Biblioteca do Supremo Tribunal Federal, 2007).

estruturadas sobre padrões éticos, sociais, culturais, tecnológicos e econômicos já superados e o surgimento de novas fontes de litígios até então impensáveis, geram uma demanda por normas legais para regulá-las tão intensa, que o Poder Legislativo simplesmente não pode adequadamente satisfazer essa demanda”. Em seguida, o mesmo autor conclui que “é socialmente desejável que as cortes possuam essa função de enriquecimento do direito legislado”.²

Esta noção – de que a atividade jurisdicional é mais que a simples solução de um caso concreto, funcionando também como verdadeiro mecanismo de complementação e desenvolvimento do sistema normativo – vai ao encontro da própria ideia que há muito se tem do processo hermenêutico. Nesse sentido, Kelsen já advertia que a atividade interpretativa coloca-se como uma ação humana racional voltada para a própria constituição da norma jurídica.³

No âmbito da *common law*, Benjamin Cardozo ocupou-se deste tema e alertou para a circunstância de que o papel hermenêutico desempenhado pelo juiz conduz ao método da livre decisão. Por este método, a tarefa do magistrado, mais do que simplesmente desvendar a vontade legislativa, constitui propriamente a complementação do sistema normativo, mediante a suplementação da declaração contida na norma e o preenchimento de lacunas:

O juiz, em seu papel de intérprete para a comunidade do sentido da lei, e ordem que ela tem, deve suprir as omissões, corrigir as incertezas e harmonizar os resultados com justiça, através de um método de livre decisão. (...) Sobretudo na esfera do direito constitucional, o método da livre decisão tornou-se, em minha opinião, o que predomina em nossos dias. As grandes generalidades da Constituição têm um conteúdo e um significado que variam de uma época para outra. O método da livre decisão vê através das particularidades transitórias e alcança o que há de permanente por trás delas. Assim ampliada, a interpretação se torna mais do que a verificação do propósito e da intenção dos legisladores cuja vontade coletiva foi declarada. Ela suplementa a declaração e preenche os espaços vazios pelos mesmos processos e métodos que criaram o direito consuetudinário.⁴

² Ob. cit., p. 144-145.

³ Vale ter presente, nesse ponto, a lição daquele jurista: “A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa” (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 4).

⁴ CARDOZO, Benjamin. A Natureza do Processo Judicial – Palestras Proferidas na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 6-7.

A relevância da tarefa hermenêutica desempenhada pelas Cortes em geral, especialmente em tema de jurisdição constitucional, também foi bem ressaltada pelo Min. Celso de Mello no julgamento do AI-Agr n.º. 254.501-MG: “*O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade*”.

Esta necessidade de desenvolvimento e de complementação do direito a partir da atividade jurisdicional revela-se particularmente reforçada pelo advento, ao longo do Século XX, da fase pós-positivista, em que o ordenamento jurídico deixa de lado o seu alheamento às questões éticas e assume um papel claramente valorativo, em que a moral passa a desempenhar um relevante papel e a interpenetração entre ela e o direito torna-se absolutamente evidente.⁵

A propósito desta nova corrente jurídico-filosófica, cabe ter presente o magistério de Luís Roberto Barroso:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente.

(...)

*A doutrina pós-positivista se inspira na teoria da justiça e na legitimidade democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.*⁶

⁵ Cumpre transcrever, nesse ponto, o magistério de Daniel Sarmiento a propósito deste fenômeno na seara constitucional: “Assiste-se hoje, na fase que vem sendo chamada de pós-positivismo, uma verdadeira virada copernicana na discussão constitucional, que se abre cada vez mais para o universo da ética e dos valores. Não é mais possível visualizar Direito e Moral como esferas estanques e incomunicáveis, nem tampouco contentar-se com o relativismo ético subjacente ao Positivismo Jurídico nas suas variadas expressões, que via no Direito uma forma vazia, a qual poderia ser preenchida com qualquer conteúdo” (SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 11). A tal propósito, também são relevantes as lições de Antonio Cavalcanti Maia (MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: Vinte Anos de Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-168).

⁶ BARROSO, Luis Roberto. Introdução, A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. In: A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2007, p. 6-7.

Para que se pudesse efetivamente permitir essa interação entre direito, ética e moral, autorizando-se a penetração de um dado conteúdo axiológico no ordenamento vigente, mostrou-se necessária uma reorganização na sistematização normativa, trazendo-se o influxo de normas-princípio, em auxílio e complementação às normas-regra.

Esta alteração mostrou-se necessária por duas razões essenciais: em primeiro lugar, porque os postulados, contrariamente às regras, possuem um claro conteúdo axiológico, viabilizando a penetração de questões éticas e morais predominantes em uma dada coletividade no seu ordenamento jurídico. Em segundo lugar, em face de seu caráter mais flexível e menos determinado, os princípios permitem uma constante atualização do direito, sem a necessidade da observância dos rígidos parâmetros do processo legislativo, o que se revela necessário na atual sociedade dinâmica em que vivemos, conforme acima apontado.⁷

Consideradas estas razões, e admitindo-se que o ordenamento jurídico, nas sociedades pós-positivistas, é também integrado por princípios jurídicos que interagem reciprocamente e evoluem a partir do desenvolvimento de novos postulados e novos parâmetros ético-morais, revela-se necessário conceber o direito como um sistema aberto e móvel, composto por postulados que estão interligados mediante uma clara conexão axiológica, conforme a precisa lição de Canaris.⁸

E, nesse contexto - admitida a incapacidade do legislador em atender às demandas e constantes mutações presentes na atual sociedade de massas, associada a um ordenamento jurídico cada vez mais integrado por conceitos jurídicos indeterminados, princípios e cláusulas gerais e inequivocamente pautada por

⁷ Para uma compreensão clara das características gerais dos princípios e suas distinções em relação às regras, vejam-se, dentre outros, Alexy (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, tradução da 5 ed. alemã), Hart (HART, Herbert. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007) e Dworkin (DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed).

⁸ CANARIS, Claus Wilhem. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002. Veja-se também, a propósito da ideia de sistema jurídico, as lições de Karl Larenz, na sua Metodologia da Ciência do Direito. O mestre alemão desenvolve, na referida obra, um pensamento metodológico orientado a valores, admitindo a ordem jurídica como um complexo de princípios gerais intrinsecamente associados por uma evidente conexão axiológica (LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005).

elementos morais - torna-se imprescindível e inevitável a atuação do Poder Judiciário na complementação e exata compreensão do direito legislado.

2 – Da necessidade de outorga de eficácia vinculante aos precedentes judiciais, notadamente em sede de jurisdição constitucional

Uma vez assentadas as premissas acima e reconhecida a circunstância de que a atuação jurisdicional tem por escopo não apenas a resolução de casos concretos, mas também o próprio desenvolvimento do direito legislado, torna-se necessário admitir que a jurisprudência é hoje, mais do que nunca, uma relevante fonte de direito.

E, se assim o é, razões de segurança jurídica recomendam que o entendimento firmado pelas Cortes judiciárias (especialmente os Tribunais Superiores) seja, tanto quanto possível, observado pelos demais integrantes do Poder Judiciário e, também, pela administração pública. Esta conduta traria previsibilidade ao comportamento das autoridades públicas e, notadamente, às decisões judiciais, dando tranqüilidade à população a propósito das normas que governam as suas relações públicas e privadas.⁹

Desse modo, torna-se clara a circunstância de que os precedentes judiciais constituem fonte de direito e devem, na medida do possível, ser

⁹ Nesse ponto, revela-se pertinente o magistério do Min. Celso de Mello, que - examinando a densa relevância de que se reveste o postulado constitucional da segurança jurídica, especialmente em tema de observância dos precedentes judiciais e de alteração na jurisprudência dos Tribunais -, expendeu as seguintes considerações: “*Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. - Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. - A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica”.* (MS 26.603-DF, Rel. Min. Celso de Mello).

observados pelas autoridades públicas e demais integrantes do Poder Judiciário, especialmente quando emanados dos Tribunais da Federação.

E, nesse contexto, desenvolve-se cada vez mais a noção de eficácia vinculante dos precedentes judiciais. Tomem-se como exemplos a adoção de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal e a outorga de repercussão geral a certas teses constitucionais submetidas à Corte.¹⁰ Mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, embora ainda não se tenha adotado as súmulas vinculantes, instaurou-se o procedimento dos recursos repetitivos, com o claro intuito de conferir segurança jurídica e celeridade à prestação jurisdicional.¹¹

Esta necessidade de observância dos precedentes judiciais, especialmente aqueles emanados das Cortes superiores, torna-se mais evidente e mais necessária quando se trata de atos decisórios proferidos em sede de interpretação constitucional, notadamente quando se cuida do controle normativo abstrato de constitucionalidade.

Com efeito, em face da supremacia de que se reveste o Texto Constitucional no ordenamento jurídico, bem assim diante da eficácia normativa que se outorga à Constituição, assume indiscutível relevância a observância de seus termos por toda a sociedade, especialmente pelas autoridades administrativas e judiciárias.¹²

E, como se sabe, ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Corte Constitucional, compete a própria construção do que vem a ser a Carta da República a partir do legítimo mecanismo da hermenêutica constitucional. Desse modo, as suas decisões, em sede de controle de constitucionalidade, auxiliam na

¹⁰ Tanto a edição de súmulas vinculantes quanto a necessidade de repercussão geral para o exame de recursos extraordinários encontram assento constitucional, nos termos do art. 102, § 3º e art. 103-A da Carta da República.

¹¹ Cf. art. 543-B do Código de Processo Civil.

¹² A propósito da supremacia e da eficácia normativa do Texto Constitucional, observem-se as lições de Konrad Hesse (HESSE, Konrad. *La Fuerza Normativa de La Constitución*. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 61-84), Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 1 ed., p. 86-87), Kelsen (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 1 ed., p. 123 e seguintes), Clèmerson Clève (CLÈVE, Clèmerson. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Editora RT, 2 ed., p. 22 e seguintes) e Oswaldo Luiz Palu (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade – Conceitos, Sistemas e Efeitos*. Editora RT, 2 ed., p. 21 e seguintes).

elaboração do Texto Constitucional, tendo-se presente a tarefa de complementação do direito legislado pelas Cortes judiciárias.

Nesse contexto, cabe ter presente o magistério do Min. Celso de Mello, que tece as seguintes considerações a propósito da tarefa de formular o conteúdo do Texto Constitucional, legitimamente atribuída ao Supremo:

No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.¹³

É justamente nesse contexto – de que se extrai a relevância da tarefa de interpretação constitucional por intermédio da Suprema Corte, bem assim a necessidade de observância de suas decisões, especialmente quando se cuidar do controle abstrato de constitucionalidade – que encontra validade a outorga de eficácia vinculante aos atos decisórios proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade.

A existência e a necessidade de atribuição desse efeito é absolutamente pacífica no âmbito doutrinário e encontra assento constitucional, nos termos 102, § 2º da Carta da República, razão pela qual as autoridades administrativas e judiciárias encontram-se irremediavelmente vinculadas às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade.

3 – Da transcendência dos fundamentos determinantes

¹³ MS 26.603-DF, Rel. Min. Celso de Mello. A propósito da tarefa jurídico-política de criação do direito constitucional pelas Cortes Supremas, cabe ter presente o ensinamento de André Ramos Tavares: “Quando o Tribunal Constitucional concretiza conceitos fluidos da Constituição, atua, nesse sentido, politicamente. Há aí, sem dúvida, uma boa carga de criação do Direito e, se se considera esta como atividade política, então o que se tem é uma tarefa em suas linhas gerais políticas, porque gera normas jurídicas e integra o quadro normativo do Estado de Direito” (TAVARES, André Ramos. Tribunal e Jurisdição Constitucional. São Paulo. Celso Bastos Editor, 1998, p. 54).

A grande questão que hoje ocupa os constitucionalistas e, contrariamente ao que defendem alguns, ainda não foi definida pelo Supremo, consiste em saber o exato alcance do efeito vinculante das decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, especificamente no que se refere aos seus limites objetivos.

É que ainda não se encontra definido, na temática da jurisdição constitucional brasileira, se a vinculação aos atos decisórios proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade refere-se somente à sua parte dispositiva (nesse aspecto não restam dúvidas) ou se alcança também os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão.¹⁴ Certo apenas é que os *obiter dicta* não se revestem desta relevante eficácia.

Mesmo no direito alemão, que tem servido de modelo para a jurisdição constitucional brasileira, essa questão ainda não se encontra totalmente pacificada.¹⁵ Muito embora a Corte Constitucional daquele País já tenha admitido a outorga de eficácia vinculante às suas decisões, a partir da interpretação do § 31, I, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, existe relevante posicionamento doutrinário opondo-se a ela e invocando um exame mais restritivo do referido dispositivo.¹⁶

¹⁴ A favor da transcendência, Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, Gilmar et. al. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n.º. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 3 ed., p. 598 e seguintes), Patrícia Perrone Campos Mello (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2008, p. 162 e seguintes) e Celso de Albuquerque Silva (Ob. cit., p. 223 e seguintes). Contrariamente, Juliano Taveira Bernardes (BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: Transcendência aos Motivos Determinantes. In. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade, p. 115-133).

¹⁵ A importância atribuída à jurisdição constitucional alemã não é exagerada. Após a 2ª guerra, e com o advento da Lei Fundamental, o Tribunal Federal Constitucional passou a desempenhar relevante função na defesa dos direitos fundamentais. Não só os mecanismos de controle de constitucionalidade auxiliaram nesse processo, mas também o reconhecimento da força normativa do Texto Constitucional. Para outras informações a propósito da estrutura, funcionamento e da relevância do Tribunal Federal Constitucional Alemão, vejam-se as lições de Peter Haberle (HABERLE, Peter. “El Tribunal Constitucional Federal Como Modelo de Una Jurisdicción Constitucional Autónoma”. In. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, n.º. 9, Madrid (2005), p. 113-139) e Konrad Hesse (HESSE, Konrad. “El Tribunal Constitucional Federal em La Ley Fundamental de Bonn”. In. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, n.º. 9, Madrid (2005), p. 141-151).

¹⁶ Cf. Gilmar Ferreira Mendes (Ob. Cit., p. 598-599) e Leonardo Martins (MARTINS, Leonardo. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung E.V., 2005, p. 118 e seguintes).

As críticas mais freqüentemente feitas à adoção da tese da transcendência dos fundamentos determinantes amparam-se, essencialmente, em dois argumentos: (a) a vinculação das razões constantes dos atos decisórios proferidos pela Corte, muito embora potencializem o postulado da segurança jurídica, contribuem para uma petrificação do direito constitucional, especialmente porque o próprio Tribunal Constitucional estaria adstrito aos fundamentos anteriores; e (b) haveria grande confusão em torno da determinação do conteúdo vinculante, porquanto o que pode constituir fundamento determinante para uns, pode não ser para outros.

Embora relevantes e respeitáveis, esses argumentos não merecem prosperar. Em primeiro lugar, a tese da sedimentação da interpretação constitucional perde relevo quando se tem em perspectiva que a atual dogmática constitucional já não mais admite a vinculação das Cortes Constitucionais aos seus próprios atos decisórios.¹⁷

Destaque-se que a ausência de eficácia vinculante, nessa hipótese, não confere carta branca ao Tribunal Constitucional para realizar constantes mudanças em seu posicionamento. Razões de segurança jurídica tornam necessária a existência de uma relevante e consistente fundamentação para que se permitam tais mudanças. Revela-se, presente, aí, um claro conflito entre dois preceitos: a necessidade de adequação das decisões judiciais à realidade social e o imprescindível desenvolvimento do direito legislado, de um lado, e o postulado da segurança jurídica, de outro. Um cauteloso exercício de ponderação deverá revelar qual deve prevalecer em cada caso concreto.

É certo que a determinação exata da *ratio decidendi* em tema de jurisdição constitucional pode gerar alguma confusão e insegurança, não se sabendo ao certo quais os fundamentos efetivamente foram determinantes para o dispositivo da decisão.

Contudo, esta circunstância não pode impedir a adoção de uma prática que traz inegáveis benefícios ao sistema de jurisdição constitucional. A ampliação

¹⁷ Cf. Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, Gilmar. et al. Ob. Cit., p. 602-603) e Celso de Albuquerque Silva (SILVA, Celso de Albuquerque. Ob. Cit., p. 245-247). Este entendimento encontra amparo no Texto Constitucional brasileiro (CF, art. 102, § 2º) e também na jurisprudência alemã (Cf. Leonardo Martins. MARTINS, Leonardo. Ob. Cit., p. 121).

da eficácia vinculante, para alcançar-se também os fundamentos de um dado ato decisório, potencializa, de forma salutar, a supremacia constitucional e a força normativa da Constituição, na medida em que requer a observância, pelos demais órgãos administrativos e judiciários, da própria interpretação conferida pelo Supremo ao Texto Constitucional.

Há, ainda, outro aspecto bastante relevante.

Em uma sociedade pós-positivista, em que a atividade jurisdicional revela-se muito atrelada à própria formulação do direito, bem assim à própria complementação do ordenamento jurídico, a argumentação torna-se um dado essencial das decisões judiciais, na medida em que, de um lado, leva à exata compreensão da norma jurídica posta no caso e, de outro, potencializa a legitimidade da tarefa decisória pelo Poder Judiciário.

Com efeito, os maiores críticos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo levantam graves questões de legitimidade democrática para os magistrados e Tribunais em geral, e para as Supremas Cortes em particular, no que se refere à sua atribuição de complementar o direito e, especialmente, de aplicar aos casos concretos o conteúdo axiológico que emana do sistema jurídico.

Nesse ponto, Schmitt já advertia que a existência de um guardião da Constituição, em última análise, cria graves problemas de discricionariedade judicial, transferindo para o processo judicial o debate de questões que devem ser feitas em outras instâncias:

No todo, a forma hoje comum de tratamento dessa difícil questão constitucional continua sendo fortemente influenciada pela tendência dos ‘juristas da justiça’ para transferir a solução de todos os problemas simplesmente para um processo judicial e desconsiderar por completo a diferença fundamental entre uma decisão processual e a decisão de dúvidas e divergências de opinião sobre o conteúdo de uma determinação constitucional.

(...)

o guardião se torna facilmente senhor da Constituição e que ocorre o perigo de um duplo chefe de Estado, mas às vezes também com a queixa sobre as conseqüências ruins de uma instância inamovível, irresponsável e que decide à sua discricção.¹⁸

¹⁸ SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 5-10. O Juiz da Suprema Corte norte-americana, Antonin Scalia, em palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília em 14/05/2009 (“Judges as Moral Arbitrators”) externou semelhante preocupação, sustentando que os magistrados em geral não podem desempenhar a função de árbitros morais,

O professor Dieter Grimm, examinando a relação entre democracia e jurisdição constitucional, firmou o entendimento de que a primeira não depende necessariamente da segunda para existir de forma adequada. Aquele autor, examinando os riscos da jurisdição constitucional para o processo democrático, expendeu interessantes considerações:

“(...) o risco para a democracia reside na falta de controle democrático. Afinal, o Judiciário pode afastar a vontade dos representantes do povo eleitos sem gozar de legitimidade democrática e sem ser igualmente responsável perante o povo. (...) a jurisdição constitucional tende a judicializar o discurso político. Os atores políticos são tentados a acusar um programa político ou uma lei com a qual não concordam de incompatíveis com a constituição.”¹⁹

Desse modo, a motivação e a correta argumentação no bojo dos atos decisórios, especialmente aqueles que envolvam interpretação constitucional, constituem um dado essencial do pós-positivismo e uma importante garantia de que não se estará na direção de uma ditadura do Judiciário. O discurso, nesse ponto, funciona com um importante legitimador da tarefa de criação e complementação do direito legislado, inegavelmente empreendida pelos juízes e Tribunais.

Veja-se, a tal propósito, a lição de Antônio Cavalcanti Maia:

Como esse alargamento da discricionariedade judicial não se transformará em arbítrio? De que forma entender a tradicional estrutura da divisão dos poderes tendo agora como referência, dentro do paradigma neoconstitucionalista, Cortes Constitucionais que funcionam de fato com legisladores intersticiais? Estaremos condenados ao subjetivismo ou ao decisionismo judicial?

(...)

Imparcialidade, boa-fé, honestidade, responsabilidade social e capacidade teórica impõem-se aos magistrados. Como afirma Alexy, ‘os juízes não são anjos nem heróis’, contudo, a ampliação da latitude discricional da atividade judicante e, ipso facto, da responsabilidade dos magistrados, exige uma mais cuidadosa motivação das decisões judiciais respaldada nos parâmetros argumentativos referenciados às teorias da argumentação.

(...)

A questão crucial situa-se no desenvolvimento de uma cultura argumentativa, vale dizer, a comunidade jurídica deve se empenhar para salientar a relevância de um

usurpando, de instâncias mais democráticas, a função de estabelecer os princípios e valores que devem reger uma dada comunidade em um determinado momento.

¹⁹ GRIMM, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia. In. Revista de Direito do Estado, 4:3, 2006, p. 3-22, 13-14.

*cuidadoso respeito aos ditames consagrados no artigo 93, inciso IX, de nossa Constituição. A motivação das decisões judiciais, em especial em sede constitucional, torna-se um assunto central dos debates justeoréticos.*²⁰

A relevância da argumentação jurídica no âmbito das decisões judiciais revela-se particularmente reforçada quando se cuida da interpretação constitucional, em que se percebe uma clara pluralização e democratização do debate, com a participação dos mais diversos atores sociais, dotados de maior ou menor representatividade.

Em outras palavras, o debate jurídico-constitucional, especialmente na esfera do controle concentrado de constitucionalidade, não é atribuição exclusiva do Tribunal Constitucional. Uma série de entidades, públicas e privadas, revela-se legítima e apta a participar do processo argumentativo em torno da questão tratada no feito. Os seus argumentos e os temas por elas trazidos também fazem parte da decisão e, evidentemente, da própria interpretação conferida ao tema.²¹

Nesse sentido, discorrendo acerca da sociedade aberta dos intérpretes, e da necessária disseminação do debate constitucional no âmbito da sociedade, Peter Haberle tece relevantes considerações:

(...) cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (...); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (...). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto,

²⁰ Ob cit., p. 160-161. Nesse mesmo sentido, veja-se Luís Roberto Barroso (In. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Ob. cit., p. 19).

²¹ Daí porque o art. 7º, § 2º, da lei n.º 9.868/99 passou a admitir, expressamente, a intervenção dos amici curiae no âmbito dos processos de controle normativo abstrato. A relevância desta figura para a democratização do debate constitucional moderno foi bem ressaltada pelo Min. Cezar Peluso no julgamento da ADI 3.329/SC: “A admissão legal da figura do amicus curiae, tradicional no sistema da common law, constitui evidente manifestação do impacto que o julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade produz sobre a ordem jurídico-social. Com prevê-la, abre-se um canal valioso para a participação de membros do corpo social interessados no processo de tomada de decisão da Corte, em reforço da legitimidade e do caráter plural e democrático da atividade exercida pelo julgador(...)”

*é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.*²²

Dessa forma, deve ser reconhecida a relevância de que se reveste a argumentação instaurada no âmbito do debate constitucional, de um lado, por se tratar de mecanismo que confere legitimidade à própria atuação do Poder Judiciário e, de outro, em face da pluralidade de atores que dele participam, tornando rico, plural e democrático o processo de interpretação da Constituição.

E, se os embates travados em sede de controle normativo abstrato de constitucionalidade assumem esta relevante dimensão e se a eles outorga-se tamanho grau de legitimidade, nada mais natural que as razões dele constantes, especificamente aquelas que conduziram à formação do entendimento majoritário, sejam observadas pelas demais instâncias da sociedade, como se se cuidassem de parte integrante do próprio Texto Constitucional.

Não custa lembrar, tal como ressaltado acima, que as decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente aquelas proferidas em sede de controle normativo abstrato, ajudam substancialmente na própria formulação do direito constitucional. Nada mais natural, desse modo, que a interpretação da Suprema Corte a propósito de um dado tema – que somente se completa e se compreende integralmente mediante o exame de suas razões fundamentais – seja de observância obrigatória pelos demais integrantes da sociedade, ressaltando-se o Poder Legislativo.

4 – A posição do Supremo Tribunal Federal

As razões que se vem de expor - a propósito da relevância que assume a transcendência dos fundamentos determinantes - pareciam ter sensibilizado os integrantes do Supremo Tribunal Federal. No julgamento da Rcl n.º 1.987/DF,²³ de Relatoria do Min. Maurício Corrêa, a Corte reconheceu a possibilidade da transcendência, ao vincular a autoridade reclamada às razões de decidir

²² HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 14.

²³ Julgamento Plenário de 1/10/2003.

constantes do acórdão proferido na ADI 1.662/SP, que tratou do seqüestro de verbas públicas quando do desrespeito da ordem de preferência no pagamento de precatórios.

Naquele julgamento, o Relator teve a oportunidade de enfatizar que “*a questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou com a decisão definitiva proferida na ADI 1662, como, essencialmente, está em confronto com seus motivos determinantes*”. Este mesmo entendimento foi adotado posteriormente em sucessivos julgamentos, como, por exemplo, na Reclamação n.º. 2.363/PA.²⁴

Contudo, essa orientação jurisprudencial não veio a se pacificar no âmbito da Corte. No julgamento das Reclamações n.º. 3.014/DF e n.º. 4.219/SP, que ainda não foram concluídos, houve sérias objeções à adoção da tese da transcendência. Na Reclamação n.º. 2.475-Agr/MG²⁵ o Tribunal, por votação apertada (6 x 5), negou provimento a agravo regimental contra decisão que indeferira liminar em reclamação, por não vislumbrar o alegado desrespeito a ato decisório da Corte. Embora nesse caso fosse discutível se a inobservância teria por objeto um *obiter dictum* do Tribunal ou a sua *ratio decidendi*, resta claro que a tese da transcendência não se pacificou no âmbito da Corte.

Tamanho a situação de incerteza e a possibilidade de que a transcendência dos fundamentos determinantes não venha a ser reconhecida no âmbito do Tribunal, que mesmo magistrados a ela favoráveis não a têm admitido, em homenagem ao princípio do colegiado, conforme se pode depreender da decisão proferida pelo Min. Celso de Mello nos autos da Rcl 7.280-MC/SP²⁶.

A ausência de definição no âmbito do Supremo Tribunal Federal a propósito deste tema foi bem realçado em recente decisão da Min. Ellen Gracie na

²⁴ Julgamento Plenário de 23/10/2003.

²⁵ Julgamento Plenário de 02/08/2007.

²⁶ (...) Não se desconhece, contudo, que há aqueles que sustentam a possibilidade de invocar-se, para fins de reclamação, o denominado efeito transcendente da fundamentação que deu suporte ao julgamento proferido em sede de fiscalização abstrata (RTJ 193/513, Rel. Min. GILMAR MENDES – Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), em ordem a reconhecer que o alcance da eficácia vinculante pode estender-se para além da parte dispositiva do acórdão, abrangendo, também, os próprios fundamentos subjacentes à decisão emanada do Supremo Tribunal Federal. Também partilho desse mesmo entendimento (...) Ocorre, no entanto, que, a despeito da consistente fundamentação exposta no voto-vista do eminente Ministro GILMAR MENDES, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou essa tese (Rcl 2.475-Agr/MG, Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO), o que me impõe, por efeito do princípio da colegialidade, a observância do que prevaleceu em tal julgamento, ainda que contra o meu próprio voto.” Decisão de 05/12/2008.

Rcl 8.470/DF (DJE de 25/06/2009. Embora aquela magistrada tenha reconhecido uma maior inclinação da Corte pela rejeição da tese, sustentou a Relatora que “em respeito ao princípio da colegialidade,(...) não é possível a aplicação da transcendência dos motivos determinantes enquanto não houver a manifestação expressa da atual composição do Plenário do Supremo Tribunal Federal favorável a essa teoria.”

É preciso destacar, nesse ponto, que a adoção, ou não, da tese de transcendência dos fundamentos determinantes, trará relevantes implicações práticas.

Tome-se como exemplo a decisão proferida na Rcl 2.986/SE, de relatoria do Min. Celso de Mello. O reclamante invocou, e teve seu pedido liminar acolhido pelo Relator, o desrespeito aos motivos determinantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no exame da ADI 2.868/PI, que reputou constitucional uma lei piauiense que fixara o montante referente a obrigação de pequeno valor inferior àquele previsto no art. 87 da ADCT.

Impugnava-se, naquela reclamação, uma decisão judicial que afastara a aplicação de uma lei do Estado de Sergipe, de conteúdo semelhante à norma do Estado do Piauí que declarada constitucional pela Suprema Corte no julgamento da ADI 2.868/PI. O Min. Celso de Mello, considerando os fundamentos determinantes da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade, concluiu que a decisão de primeiro grau do estado de Sergipe, ao afastar a aplicação da norma sergipana de conteúdo idêntico à do Estado do Piauí, importou no desrespeito à interpretação firmada pelo Supremo Tribunal Federal e cassou o referido ato decisório.

Não houvesse a tese da transcendência, a reclamação seria incabível nesse caso. O dispositivo da decisão proferida pelo Supremo na ADI 2.868/PI referiu-se tão-somente à lei piauiense declarada constitucional. Outras normas estaduais de idêntico conteúdo poderiam ter a sua aplicação afastada, por inconstitucionais, sem que tal medida constituísse desrespeito ao dispositivo da decisão na ação direta de inconstitucionalidade, desautorizando o manejo da reclamação e criando, por óbvio, situação de insegurança jurídica.

Nessa perspectiva, dada a situação de incerteza criada pela não-pacificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, associada à relevância de que se reveste a teoria da transcendência, é de todo recomendável que a Suprema Corte assente, de forma definitiva, o seu entendimento a propósito do tema.

Razões de segurança jurídica, somadas à necessidade de adoção de uma consciência constitucional e à compreensão da relevância do papel institucional do Supremo pela sociedade recomendam, de forma veemente, a adoção e o desenvolvimento dessa tese.

5 - Referências Bibliográficas

- **ALEXY, Robert.** Constitucionalismo Discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, tradução da 5 ed. alemã.
- **BARROSO, Luis Roberto.** Introdução, A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. In. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil.** Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2007.
- _____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 1 ed.
- **BERNARDES, Juliano Taveira.** Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: Transcendência aos Motivos Determinantes. In. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade**
- **CANARIS, Claus Wilhem.** Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- **CARDOZO, Benjamin.** A Natureza do Processo Judicial – Palestras Proferidas na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo: 2004.
- **CLÈVE, Clèmerson.** A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Editora RT, 2 ed.
- **DWORKIN, Ronald.** Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed.
- **GRIMM, Dieter.** Jurisdição Constitucional e Democracia. In. **Revista de Direito do Estado**, 4:3, 2006, p. 3-22.
- **HABERLE, Peter.** Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- _____. El Tribunal Constitucional Federal Como Modelo de Una Jurisdicción Constitucional Autónoma. In. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, ISSN 1138-4824, n.º. 9, Madrid, 2005.

- **HART, Herbert.** O Conceito de Direito. **Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.**
- **HESSE, Konrad.** El Tribunal Constitucional Federal en La Ley Fundamental de Bonn. **In. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, n.º. 9, Madrid, 2005.**
- _____ . La Fuerza Normativa de La Constitución. **In. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 61-84**
- **JÚNIOR, Nelson Nery et al.** Código de Processo Civil Comentado. **São Paulo: Editora RT, 10 ed.**
- **KELSEN, Hans.** Jurisdição Constitucional. **São Paulo: Martins Fontes, 1 ed.**
- _____ . Teoria Pura do Direito. **São Paulo: Martins Fontes, 1995.**
- **LARENZ, Karl.** Metodologia da Ciência do Direito. **Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005.**
- **MAIA, Antonio Cavalcanti.** Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. **In. Vinte Anos de Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.**
- **MARTINS, Leonardo.** Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. **Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung E.V., 2005.**
- **MELLO, Patrícia Perrone.** Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo. **Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2008.**
- **MENDES, Gilmar et. al.** Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n.º. 9.868, de 10-11-1999. **São Paulo: Saraiva, 3 ed.**
- **MENDES, Gilmar.** Jurisdição Constitucional. **São Paulo: Saraiva, 4 ed.**
- **MIRANDA, Jorge.** Manual de Direito Constitucional. **Tomo VI. Coimbra, 2008.**
- **PALU, Oswaldo Luiz.** Controle de Constitucionalidade – Conceitos, Sistemas e Efeitos. **Editora RT, 2 ed.**
- **ROCHA, Erich Oliveira.** A Transcendência dos Fundamentos Determinantes do Julgado e a Mitigação do Postulado Constitucional da Reserva de Plenário. **Brasília: texto inédito, disponível na Biblioteca do Supremo Tribunal Federal, 2007.**
- **SARMENTO, Daniel.** Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. **Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.**
- **SCHMITT, Carl.** O Guardião da Constituição. **Belo Horizonte: Del Rey, 2007.**
- **SILVA, Celso Albuquerque.** Do Efeito Vinculante: Sua Legitimação e Aplicação. **Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.**
- **TAVARES, André Ramos.** Tribunal e Jurisdição Constitucional. **São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998**