

UNIVERSIDADE ESTATUAL DO PIAUÍ - UESPI  
CAMPUS ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

YASMIM MELO MAGALHÃES

**TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA  
SENTENÇA NO CONTROLE CONSTITUCIONAL DIFUSO**

**Análise acerca da abstrativização do controle constitucional difuso ou ocorrência  
de objetivação no Recurso Extraordinário.**

Biblioteca UESPI PHB  
Registro Nº M1406  
CDD 342  
CUTTER M1884  
V                      EX 01  
Data 21 / 05 / 15  
Visto                     

PARNAÍBA

2013

YASMIM MELO MAGALHÃES

**TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA  
SENTENÇA NO CONTROLE CONSTITUCIONAL DIFUSO**

**Análise acerca da abstrativização do controle constitucional difuso ou ocorrência  
de objetivização no Recurso Extraordinário.**

Monografia jurídica apresentada ao curso de  
Bacharelado em Direito como requisito parcial  
para obtenção do diploma de Bacharelado em  
Direito.

Orientadora: Profa. Esp. Etasmda Maria Dias  
Araujo

PARNAÍBA

2013

YASMIM MELO MAGALHÃES

**TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA SENTENÇA NO CONTROLE CONSTITUCIONAL DIFUSO: uma análise acerca da abstrativização do controle constitucional difuso ou ocorrência de objetivação no Recurso Extraordinário.**

Monografia jurídica apresentada ao curso de Bacharelado em Direito como requisito parcial para obtenção do diploma de Bacharelado em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientadora: Profª. Esp. Etasmda Maria Dias Araujo

---

**Examinador (a)**

---

**Examinador (a)**

1

2  
1  
Dedico o presente trabalho aos incansáveis  
estudiosos do Direito da UESPI, bem como  
aos mestres que tanto contribuíram para a  
confeção deste.

“A Constituição é uma muralha de papel.”

Napoleão Bonaparte

## RESUMO

O presente trabalho estuda conceitos de controle de constitucionalidade, em suas ramificações no direito brasileiro, ou seja, difuso e concentrado, bem como a investigação acerca de sua origem histórica e aplicabilidade no ordenamento jurídico vigente, assim como o estudo procedimental dos efeitos das decisões de ambas as modalidades de controle. Estudar-se-á, também, mecanismos referentes ao ativismo judicial, diferenciando-o da “teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença”, uma vez que o primeiro é utilizado para casos em que há omissão legal e o segundo, expressão do poder judiciário através da via de ação. Observar-se-á, ainda, no presente trabalho, a cláusula de reserva de plenário, como requisito de suspensão da vigência de uma lei no ordenamento jurídico interno, bem como o ato de publicação das decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal por parte do Senado. A “teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle constitucional difuso” é apresentada, por fim, como ponto de divergência entre a ocorrência de abstrativização do controle difuso ou objetivação do recurso extraordinário. O objetivo do presente trabalho é conhecer o instituto da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença bem como suas consequências e aplicabilidade no meio jurídico. A metodologia abordada consistirá na pesquisa bibliográfica, tendo em vista que será estudado entendimento jurisprudencial, legal e doutrinário, apresentando como fontes: livros, artigos científicos, legislação e entendimento dos tribunais brasileiros.

**Palavras-chave:** Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença. Controle de Constitucionalidade. Controle Difuso. Controle Concentrado. Ativismo Judicial. Mecanismo jurídico. Poder Judiciário. Cláusula de reserva de plenário. Senado Federal. Direito Constitucional.

## ABSTRACT

The present paper studies concepts about constitutional control, in its ramifications in Brazilian law, which is, diffuse and concentrate, as well as the investigation about its historical source and applicability in the current legislation, as well as the procedural study of the effects of decisions from both of species of control. It will be study, as also, mechanisms about judicial activism, distinguishing from the “theory of transcendence of the determinants motives of the sentence”, once the first is used to cases of legal omission and the second, expression of the Judiciary Power through action. Along this, it is content, also, the reserve clause of plenary, as requirement of suspension of the course of act in the internal current legislation, as well as the act of publication of the decisions from the Supremo Tribunal Federal came from the Senate. The “theory of the transcendence of the determinants motives of the sentence in the diffuse constitutional control” it is presented, lastly, as divergence matter between the occurrence of the abstractive feature of the diffuse control or objective feature of the extraordinary recourse. The objective of the present paper, so, it is to know the institute of the theory of the determinants motives of the sentence, as well as its consequences and applicability in a juridical aspect. The methodology used will consist in bibliography research, once it will be studied jurisprudential, legal and doctrinaire reference, presented as source: literature, papers, legislation and Brazilian reference in cases.

**Keywords:** Theory of Transcendence of The Determinants Motives of The Sentence In Diffuse Constitutional Control. Constitutional Control. Diffuse Control. Concentrate Control. Jurisdictional Activism. Juridical Mechanism. Judiciary. Reserve Clause Of Plenary. Federal Senate. Constitutional Right.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1. HERMENÊUTICA JURÍDICA</b> .....	13
1.1. MÉTODOS E PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS .....	13
1.2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	15
<b>2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	18
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	19
2.2. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE .....	20
2.3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE .....	21
<b>3. A INFLUÊNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	25
<b>4. MECANISMO PREVISTO NA CFRB/88 REFERENTE À MUTAÇÃO DO DESTINATÁRIO DOS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF EM SEDE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE</b> .....	29
<b>5. TEORIA DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA SENTENÇA – ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO OU OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO</b> .....	32
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	41
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	44

## INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o homem médio organizou o seu convívio em sociedade através de sua reunião em redor de crença, cultura ou história, oriundas de determinado segmento de um líder ou grupo de pessoas. Com o aumento demográfico e a necessidade de organização de forma efetiva, o homem começou a estruturar, funcionalmente, a própria sociedade na qual coabitava, criando, para tanto, regras que deveriam ser obedecidas à face de sanções.

A transcrição do regramento social veio tardiamente, uma vez que os primeiros povos transmitiam suas leis de forma oral, o que caracterizava a informalidade e a prevalência dos interesses de um só, ou de um grupo de interessados, em contrapartida ao direito do hipossuficiente. Surgiu, então, a necessidade de instituição de normas que atingissem a todos, de forma equivalente. Nasce, dessa forma, o regramento social-jurídico, condicionado ao atendimento de determinado preceito legal.

Com a evolução e, posterior, complexidade no procedimento de formação das leis, houve, por fim, imperatividade na criação de mecanismos que verificassem a transparência, eficácia e imparcialidade das normas, bem como garantisse a segurança jurídica destas quando houver má utilização das leis por parte dos legisladores ou até mesmo conflito, aparente ou não, entre elas.

Percebe-se, assim, que foi necessária a utilização de uma norma maior a qual todas as outras editadas se subordinassem a seus preceitos e princípios. No direito brasileiro, a Constituição Federal é o expoente norteador do ordenamento jurídico, figurando como parâmetro de controle de constitucionalidade.

Nesse diapasão, verifica-se que o capítulo introdutório refere-se à contextualização histórica, bem como jurídica, na qual o trabalho pertence. Analisar-se-ão, também, alguns conceitos basilares acerca da teoria da transcendência dos efeitos determinantes da sentença, quais sejam a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais (bem como seus efeitos) e; a diferença entre ativismo judicial e a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença. Nos capítulos seguintes, explanar-se-á, de forma mais detalhada, acerca de controle de constitucionalidade e do procedimento a ser atendido para que se alcance a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença propriamente dita.

Expostas tais considerações, é necessário analisar o contexto histórico-jurídico, o qual abarca o estudo da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença.

Com o surgimento da vida em coletividade, bem como de sua evolução, para que a convivência harmoniosa pudesse concretizar-se, preceitos foram criados a fim de ser atendidos por todos, para garantir a obediência a padrões mínimos de comportamento, sob pena de determinada sanção ser aplicada, caso houvesse inobservância àqueles.

O advento da implantação de diversas normas levou à sociedade a exigir de seus legisladores a criação de um mecanismo que garantisse, previamente, atendimento a processo de formação mais complexo – processo legislativo previsto na Constituição Federal de 1988, por exemplo -, bem como que se sujeitassem a requisitos de existência e publicidade.

Tem-se, então, que, grosso modo, as normas jurídicas sujeitam-se a procedimento especial que viabiliza sua existência e eficácia, conforme preleciona Lenza (2012, pag. 277):

Como regra geral, todas as normas constitucionais apresentam eficácia, algumas jurídica e social e outras apenas jurídica.

Michel Temer observa que a 'eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam'. As normas constitucionais, segundo José Afonso da Silva, podem ser de eficácia plena, contida e limitada.

Observa-se, assim, a existência de dois aspectos a serem debatidos acerca do plano de eficácia da norma jurídica: a) plano social – o qual influencia a conduta humana apresentando como ponto de partida o momento em que a norma reveste-se de eficácia e aplicabilidade no mundo concreto; b) plano jurídico – o qual caracterizará a norma *di per si*, apresentando revestimento mais técnico e enfatizando a norma constitucional.

No estudo da eficácia jurídica apresenta-se a norma constitucional ramificada em norma de eficácia plena, contida e limitada – conforme preleciona José Afonso da Silva, em obra intitulada Aplicabilidade das normas constitucionais, publicada pela primeira vez no ano de 1967 (2000, pag. 221) e utilizada atualmente pelo Superior Tribunal Federal, conforme elucida a RT 723/231.

Existem, ainda, diversas outras classificações que são adotadas por parcela diferente da doutrina, como exemplo, menciona-se a classificação utilizada por Mendes (2009, pag. 46), a qual ilustra as normas constitucionais materiais e formais, operativas e programáticas, auto-executáveis e não-executáveis, de organização e definidoras de direito.

A discussão do presente trabalho subordina-se à compreensão da norma jurídica em caráter ambivalente, qual seja, a eficácia jurídica da norma e a aplicabilidade desta na esfera social. Posteriormente, há de se demonstrar que a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença surge com o fim de mitigar a regra do efeito *inter partes* que é regra no controle difuso de constitucionalidade.

Fixados tais pontos, é imperioso destacar, ainda, a ocorrência de um mecanismo, também inovador, utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, o qual não pode ser confundido com a “teoria dos motivos determinantes da sentença”, qual seja o ativismo judicial.

Com o fito de evitar que as normas jurídicas editadas no ordenamento jurídico vigente ficassem à margem de disciplinar a integralidade de determinada conduta legislada – caso das normas de eficácia limitada, as quais dependem de norma complementar para que o direito por ela oferecido possa ser exigido na sociedade -, o Poder Judiciário abstém-se de aguardar por manifestação proveniente do Poder Legislativo e sana a lacuna normativa utilizando outras fontes do direito – analogia, costumes e princípios constitucionais.

Dessa forma, observa-se, principalmente em sede de controle concentrado de constitucionalidade, através de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção, a ocorrência de preenchimento da inexistência de determinada previsão legal que disciplina matéria arguida em juízo.

Através do mecanismo do ativismo judicial, acima em comento, há a consagração da aplicabilidade da lei no caso concreto, independentemente de legislação que regule a matéria a fim de que tal dispositivo (ou até mesmo lei) possa vigorar e produzir seus efeitos. Há sugestão, assim, de que o Poder Judiciário influencie, de maneira mais forte, a confecção de leis pelo Poder Legislativo, com o fim de não caber ao primeiro a disciplina sobre a matéria e vigência a ser discutida na norma, mas sim ao segundo.

Nessa esteira, ilustra Lenza (2012, pag. 99):

É preciso identificar os mecanismos de sua concretização e, nisso, além do papel da sociedade, parece-nos que o Judiciário tem uma importante missão, realizando a implementação da efetividade das normas constitucionais. Identificamos, como será estudado neste nosso trabalho, uma nova perspectiva na utilização das técnicas do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (em relação às normas programáticas) e, assim, a consagração da importante figura do ativismo judicial.

Visualiza-se, destarte, o expoente do neoconstitucionalismo brasileiro traduzido no mecanismo do ativismo judicial, uma vez que este invoca a consagração do princípio da

supremacia normativa da Constituição Federal, em toda sua plenitude. O princípio em comento é a via através da qual a Carta Magna exerce sua eficácia social e jurídica, deixando para trás o plano abstrato das leis e alcançando o destinatário final destas, qual seja o cidadão.

A teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença afasta-se do ativismo judicial no que tange ao campo de incidência de cada um. Tem-se que no primeiro instituto, há a tentativa de mitigar um efeito da sentença produzida em controle constitucional difuso, ou seja, o que era um direito subjetivo reveste-se de um direito de caráter geral, atingindo toda a sociedade. No segundo instituto, por sua vez, tem-se a consagração da aplicação da norma, mesmo que esta não seja juridicamente clara quanto a sua abrangência.

A teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença atende a uma pretensão formulada pelo demandante, não por ausência de dispositivo legal que necessite de regulamentação para que possa vigorar (como ocorre no ativismo judicial), mas para o atendimento de um pleito formulado por este, o qual repercute de maneira significativa no ordenamento jurídico.

A teoria em discussão aplica-se no controle difuso, alcançando através da declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, a pretensão formulada pelo autor, estendendo, no entanto, seus efeitos aquém do processo em discussão.

O presente trabalho tem como objetivo norteador, dessa forma, fixar pontos controvertidos acerca de um recente mecanismo utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, externado com a denominação de “Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença em Controle Constitucional Difuso”, no qual é explorado o conceito do instituto em análise, bem como seus derivados e sua aplicação nas decisões dos Tribunais Superiores do país com o fito de conhecê-lo, bem como às suas consequências e aplicabilidade.

O método de pesquisa utilizado para essa atividade de subsunção foi o método bibliográfico, através do qual se analisa a matéria com sua aferição em livros doutrinários, jurisprudência, revistas jurídicas e artigos científicos jurídicos.

Produz-se o presente trabalho, por consequência, com o fim de levar a conhecimento da sociedade, de um modo geral e não somente à acadêmica, a ocorrência e ênfase dada à teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença como mecanismo inovador da ordem jurídica, buscando maior celeridade na prestação jurisdicional quando acionada pelo cidadão.

## 1. HERMENÊUTICA JURÍDICA

### 1.1. MÉTODOS E PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Expostas as discussões introdutórias, é imperioso o estudo da interpretação da norma jurídica, uma vez que através desta será possível entender a necessidade da “transformação” dos efeitos decorrentes da sentença no controle constitucional difuso.

A doutrina clássica, representada neste estudo pelo doutrinador Lenza (2013, pag. 184), delinea seis tipos de métodos de interpretação, quais sejam: método jurídico, método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual, método normativo-estruturante e método da comparação constitucional. Tais métodos também estão amplamente discutidos na obra do doutrinador e ministro do Supremo Tribunal Federal, Mendes (2009, pag. 121).

Para que se prossiga com o estudo da teoria da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, o método de interpretação que apresenta maior relevância é o da comparação constitucional, uma vez que este toma como norma parâmetro para a interpretação a Constituição Federal, a qual, por sua vez, representa o expoente máximo do ordenamento jurídico.

A terminologia conferida a tal método foi atribuída por Mendes (2009, pag. 132), ao explicar que na ausência de uma teoria interpretativa específica que dê suporte ao processo legislativo, toma-se a Carta Magna como norma padrão para este fim. Senão veja-se:

Em suma, não dispondo de uma teoria da Constituição, que dê suporte e direção ao processo interpretativo, nem podendo *legalizar* (= reduzir à condição de lei) o texto da Constituição, para *fechar* e, assim, facilitar a sua compreensão, todos os operadores constitucionais, em certa medida, se vêem perdidos no *labirinto* da interpretação e, tendo de escolher um dos caminhos, acabam seguindo aquele que lhes aponta a sua pré-compreensão. Esta, por sua vez, precisando racionalizar-se de antemão, se não para vencer, ao menos para reduzir os efeitos nocivos dos pré-juízos que lhe são congêntos, essa pré-compreensão como que devolve o intérprete para o mesmo labirinto do qual, ingenuamente, ele acreditava ter escapado... Embora não seja este o lugar para levar adiante semelhante discussão, registre-se que é dessa perplexidade, só aparentemente insuperável, que se alimentam os decisionismos hermenêuticos de índole autoritária, cuja *violência*, entretanto, poderá ser contida usando-se a *força do melhor argumento*.

Quanto aos princípios norteadores da interpretação da norma jurídica, conforme o Tratado de Direito Constitucional, assinado por Gilmar Mendes, tem-se os princípios da unidade da Constituição, da concordância prática ou harmonização, da correção funcional, da

eficácia integradora, da força normativa da Constituição, da máxima efetividade, da interpretação conforme a Constituição e, por fim, da proporcionalidade ou razoabilidade.

No estudo que se segue, enfatizar-se-á os princípios da força normativa da Constituição e da Interpretação conforme a Constituição. A doutrina majoritária, acima mencionada, apresenta a força normativa da Constituição Federal como princípio que se refere à invocação dos preceitos e orientações desta, não figurando como mera expectadora do seu desenrolar no ordenamento jurídico, mas sim norteadora deste.

Conforme elucida Coelho (2009, pag. 368), este princípio se desdobra da seguinte maneira:

Reduzindo-o à sua expressão mais simples, poder-se-ia dizer que esse cânone interpretativo consubstancia um conselho – Friedrich Müller nos fala em *apelo* – para que os aplicadores da Constituição, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, procurem dar preferência àqueles pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, confirmam-lhes maior eficácia<sup>266</sup>, o que faz todo o sentido porque, nos dias atuais, a Constituição deixou de ser um mero catálogo de competências à disposição do legislador, para se converter num conjunto de preceitos – princípios e regras – dotados de injuntividade imediata e diretamente aplicáveis por juízes e tribunais.

Em contrapartida ao princípio da força normativa da Carta Magna, tem-se o princípio da interpretação conforme a Constituição Federal, o qual preleciona que deve ser aplicado o mecanismo da súmula vinculante à matéria controvertida em detrimento ao mecanismo constante nesse trabalho.

O princípio da interpretação conforme a Constituição Federal, o qual tem o status de elemento integrador do controle de constitucionalidade, em consonância com o teor da Representação n. 1417/DF, em que figura como relator o Ministro Moreira Alves (RTJ, 126/48-72, 66), preleciona que, nas palavras de Coelho (2009, pag. 369):

(...) consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política ou, se quisermos, de política constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da Constituição e o da correção funcional. Com efeito, ao recomendar – nisso se resume este princípio – que os aplicadores da Constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura.

O princípio em comento desdobra-se na ideia da compatibilidade de todo ato normativo, editado no país, com os preceitos estatuídos na Constituição Federal, uma vez que

esta figura como parâmetro constitucional para aferição acerca da constitucionalidade ou não de determinada norma no ordenamento jurídico interno.

Ocorre que, ao estudar a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença nota-se que não há na Carta Magna, nem em outra lei esparsa, a previsão legal desse instituto, razão pela qual a doutrina que a defende denominá-la de inovação do ordenamento jurídico a fim de que se compreenda de forma mais ampla tal inovação é de vital importância o estudo da mutação constitucional, exposta a seguir.

## 1.2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL ;

A mutação constitucional, 'grosso modo, é o fenômeno através do qual há introdução de nova concepção jurídica através da experiência extraída do caso concreto. Nas palavras de Coelho (2009, pag. 378), tem-se que o instituto pode ser conceituado como:

(...) são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação, tal qual nos ensina Reale, com a profundidade e a elegância de costume:

'Leis há (e estamos aqui dando preferência ao estudo das leis ou normas legais, apenas pela facilidade de exposição, sendo, no entanto, as observações válidas para todas as espécies de normas jurídicas), sem dúvida, que, durante todo o período de sua vigência, sofrem pequenas alterações semânticas, mantendo quase intocável a sua conotação originária. Isso ocorre quando não se verifica mudança de relevo na tábua dos valores sociais, nem inovações de monta no concernente aos suportes fáticos.'

Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei a um novo espírito, a uma imprevista ratio juris, que atribui nova direção aos enunciados jurídicos.

A referida alteração no ordenamento jurídico é consequência de fatores externos ao processo legislativo vigente, ou seja, quando há uma nova situação fática, por exemplo, não abarcada por lei previamente estabelecida, há que se incorporar tal incidente ao conjunto de leis, sob pena de desobediência ao princípio da força normativa da Constituição Federal,

Mendes *apud* Dau-Lin (2012, pag. 379), remete à mutação constitucional por outro campo de visão, qual seja à análise de suas causas:

Analisada à luz das suas causas, pode-se dizer, com Dau-Lin, que a mutação constitucional é um estado de incongruência entre as normas constitucionais, por um lado, e a realidade constitucional, por outro, e que essa anomalia é provocada: a)

mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; b) pela impossibilidade de se exercerem certos direitos estatuídos constitucionalmente; c) por uma prática estatal contraditória com a Constituição; ou, ainda, d) através de interpretação, situação de anormalidade que se normaliza ou se ultrapassa no curso da própria práxis constitucional.

Para Lenza (2012, pag. 174), o conceito de mutação constitucional atinge o caráter dinâmico das normas jurídicas, senão veja-se:

As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional.

Buscando a sua origem na doutrina alemã, Uadi Lammêgo Bulos denomina mutação constitucional ‘... o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e dos costumes constitucionais’.

Barroso, por seu turno, afirma que ‘... a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.

Lenza (2012, pag. 174-175) cita, ainda, como exemplo de mutação constitucional a expressão “mulher honesta” no Código Penal, com o fito de que se entenda, de forma didática, a extensão da mutação constitucional no contexto social da norma jurídica. Observe-se:

(...) valendo-nos do Código Penal brasileiro, apenas para ilustrar: antes do advento da Lei n. 11.106/2005, os arts. 215, 216 e 219 do CP traziam a expressão “mulher honesta”. Quando falamos que esta expressão sofreu uma mutação interpretativa, não queremos dizer que o artigo em si foi alterado, mas, sim, que o conceito de “mulher honesta”, ao longo do tempo, levando em consideração os padrões aceitos pela sociedade da época, adquiriu significados diversos. “Mulher honesta” no começo do século XX tinha determinado significado, diverso do que adquire a “mulher honesta” dos dias atuais. “Mulher honesta” em uma cidade talvez tenha um significado diverso do que adquire em cidade de outra localidade.

Como visto, essa evolução da sociedade, que vinha sendo percebida pelo Judiciário, sensibilizou o legislador, que revogou por meio da Lei n. 11.106/2005 diversos dispositivos do CP, como os citados, que faziam menção à figura da “mulher honesta.

Percebe-se, então, como termômetro dos anseios da sociedade, as adequações do Código Penal ao caso concreto, conforme se depreende da leitura do trecho acima citado ao

mencionar o novo entendimento dado à mulher honesta. Como posteriormente será demonstrado, a teoria discutida no presente trabalho, reflete diretamente acerca da inconstitucionalidade da ausência de previsão legal que dispunha sobre a progressão de regime prisional quanto aos condenados a crimes hediondos, violando as garantias e princípios constitucionais e penais, bem como afetando, principalmente a individualização da pena e, por consequência, o princípio da segurança jurídica.

Fixados os conceitos de hermenêutica bem como acerca da mutação constitucional, percebe-se que a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença traz novo padrão ao ordenamento jurídico vigente, o qual para ser incorporado sugere verdadeira mutação constitucional, a fim de que se atendam aos anseios da sociedade.

## 2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Após o estudo dos conceitos prévios acerca da origem e evolução histórica da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, passa-se ao estudo do controle de constitucionalidade, com o fulcro de averiguar-se em qual momento pode ser delimitado o objeto do presente trabalho.

Verifica-se que a teoria da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença é o mecanismo usado como filtro às normas que não convergem ao entendimento trazido pela maior espécie normativa do ordenamento jurídico, qual seja, a Carta Magna.

Lenza (2013, pag. 310) destaca como pressuposto da existência de controle de constitucionalidade, (i) Constituição rígida – aquela que precisa de procedimento legislativo específico e complexo para que haja mudanças no texto constitucional e; (ii) atribuição de competência a um órgão com o escopo de realizar a análise da constitucionalidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, por força da dinâmica utilizada para fins de controle de constitucionalidade, tem-se que o órgão que deterá a competência privativa para apreciar a matéria varia conforme o tipo de controle exercido. Em controle concentrado de constitucionalidade, o órgão detentor de competência para o conhecimento das ações específicas é o Supremo Tribunal Federal. Em sede de controle difuso de constitucionalidade, o próprio juiz singular poderá exercer o controle, como se verá posteriormente.

Tem-se, então, a consolidação do princípio da supremacia da Constituição Federal através do controle de constitucionalidade, conforme preleciona Lenza (2012, pag. 310):

(...) nos dizeres do Professor José Afonso da Silva, reputado por Pinto Ferreira como “pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”, “significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”. Desse princípio, continua o mestre, “resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.

Dessa forma, explana-se acerca da Constituição Federal como norma orientadora do ordenamento jurídico, da qual irradiam todos os outros atos normativos existentes no direito brasileiro. E, para um melhor entendimento acerca do tema, mister se faz o estudo das

origens históricas da Carta Magna, bem como sua evolução, até a criação do mecanismo utilizado nos dias atuais pelos tribunais brasileiros.

## 2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle de constitucionalidade pode ser utilizado pelos três Poderes, quais sejam, Judiciário, Legislativo e Executivo.

Quanto ao exercício controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário (controle jurisdicional), observa-se que este é realizado após a vigência da norma, ou seja, de forma repressiva (diretamente oposto a este conceito, está o controle de constitucionalidade preventivo - o qual se dá antes da vigência da norma na sociedade), conforme preleciona van Holth (2009, pag. 144).

O primeiro marco histórico da existência deste mecanismo no Brasil se deu com a Constituição de 1891, a qual sofreu ampla influência do direito norte-americano, no qual o controle era exercido apenas pela via difusa e de forma incidental. Com o advento da Constituição de 1934 foi mantido o mesmo modelo de controle usado pela Constituição de 1891 com, apenas, algumas inovações, entre elas, a existência da cláusula de reserva de plenário, estudada futuramente no presente trabalho e, a representação interventiva.

A Constituição de 1937 manteve, também, o modelo inaugural de controle, com uma ressalva, qual seja, a de nova submissão ao Legislativo a fim de que este revisasse a decisão de declaração de constitucionalidade, subordinada à aprovação por *quorum* específico. E com o advento da Constituição de 1946, e posterior Emenda Constitucional n.º. 16/65, surge no Brasil o controle abstrato de constitucionalidade, com a criação da representação de inconstitucionalidade genérica, equivalente a anterior representação interventiva de 1934.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o controle concentrado de constitucionalidade começou a ser usado com maior frequência, com ênfase à representação de inconstitucionalidade genérica - ou seja, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) -, e com o surgimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

Percebe-se, desta feita, que a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, em sede de controle constitucional difuso, não é um mecanismo que jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que este já foi utilizado em meados de 1934, quando não havia o controle concentrado de constitucionalidade.

## 2.2. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O estudo do controle de constitucionalidade, no Brasil, abrange duas modalidades de controle. O controle exercido pela via abstrata, ou através de ação (controle concentrado de constitucionalidade) e o controle pela via concreta, ou através da exceção (controle difuso).

Primordialmente, é necessário que se estabeleça a diferença entre ambos os tipos de controle, com o estudo inicial do controle pela via da ação.

O controle concentrado de constitucionalidade, também chamado controle por via de ação, controle por via principal, controle abstrato, ou controle fechado é o mecanismo através do qual o legitimado específico aciona o Poder Judiciário a fim de que se declare a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de certo ato normativo.

Para van Holth (2009, pag. 141-142), o controle concentrado:

(...) em tese (...), determinadas autoridades públicas ou entidades podem ajuizar uma ação autônoma cujo objetivo principal é a declaração da inconstitucionalidade da lei, sem levar em conta qualquer caso concreto, com o efeito de declarar a nulidade da norma, retirando-a definitivamente do ordenamento jurídico. Observem que neste tipo de controle, a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos é feita 'em tese', sem haver uma lide ou discussão de quaisquer situações individuais subjetivas.

Observa-se, assim, que o controle abstrato é feito por apenas um órgão, o qual detém competência originária e privativa para julgar as ações (ADIN e ADC) propostas, como meio de arguição de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinada lei, ato normativo ou parcela de lei.

Van Holth (2009, pag. 157) elucida, ainda, acerca da inovação trazida pelo controle constitucional concentrado, ou seja, não há partes, nem mesmo pretensão resistida de vontades, há apenas uma situação abstrata em que se busca coadunar a lei ao ordenamento jurídico vigente. Veja-se:

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que o controle abstrato faz instaurar um processo objetivo, sem partes (a não ser em sentido formal), no qual inexistente um litígio, uma lide, referente a situações concretas ou individuais; apenas busca-se a harmonia do ordenamento constitucional e a defesa da ordem jurídica.

Quanto aos efeitos do controle de constitucionalidade, verifica-se que van Holth (2009, pag. 157) elucida acerca do efeito *erga omnes*, bem como *ex tunc*, uma vez que estes são os “efeitos-regra”, inerentes a essa modalidade de controle, acompanhe-se:

No controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade da lei, em regra, tem efeitos *erga omnes* – contra todos, vinculantes (para os Poderes Judiciário e Executivo), além de retirar a norma do ordenamento jurídico com efeitos *ex tunc* – ou retroativos.

O efeito *erga omnes* dispõe acerca do alcance da decisão proferida, qual seja, atinge a todos, indistintamente, ao invocar a força do princípio da isonomia, o qual, por sua vez, irradia da Constituição Federal que dispõe que todos serão iguais perante a lei, em seu art. 5º. Quanto ao efeito *ex tunc*, tem-se que este retroage à época do nascimento da lei, tornando sem efeito todos os atos que dela derivaram.

Vê-se, assim, que o controle pela via de ação, vincula os atos do Poder Judiciário, abstendo-se de aplicar a norma revogada no caso concreto. Os efeitos da decisão proferida, destarte, nesta via de controle, vinculam à sociedade de forma una, uma vez que são *erga omnes*. A norma que for declarada inconstitucional, por exemplo, é revogada, deixando de ser eficaz e aplicável.

O controle concentrado de constitucionalidade pode ser iniciado a partir da ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em virtude de o presente trabalho referir-se, principalmente, ao controle difuso, dispensar-se-á a análise de cada uma das ações acima mencionadas.

### 2.3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como visto previamente no apanhado histórico trazido à baila nestes, o controle difuso de constitucionalidade (ou controle por via de defesa, ou por via de exceção, de forma incidental, *incidenter tantum*, ou controle concreto) foi a primeira modalidade de controle introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição Federal de 1891.

Ocorre, no entanto, que esta forma de controle surgiu em 1803, na Suprema Corte Americana, com o julgamento do caso *Madison vs. Marbury* (Sessão de fevereiro de 1803, I, Repertório de Cranch, 137-180), por decisão prolatada pelo Juiz Marshall (LENZA, 2012, pag. 238).

A doutrina explana que John Adams, presidente dos Estados Unidos da América à época, havia perdido as eleições do ano de 1803 para Thomas Jefferson. John Adams, então, para garantir que pessoas de sua confiança não perdessem os cargos cedidos por ele em seu governo, nomeou diversas delas para ocupar o cargo de “juiz de paz” na Suprema Corte Norte-americana. Tal cargo pode ser equiparado ao de juiz de direito de primeira instância no Brasil.

William Marbury foi uma das pessoas agraciadas com o cargo de “juiz de paz”. Sua comissão, entretanto, jamais chegou ao seu alcance, ou seja, o ato de investidura no cargo não foi entregue.

Quando o novo presidente, Thomas Jefferson, entretanto, assumiu a presidência, nomeou James Madison como Secretário de Estado e, dentre uma de suas atribuições, estava vetar a efetiva nomeação de Marbury ao cargo de juiz. O último, por sua vez, impetrou *writ of mandamus*, o equivalente ao *Habeas Corpus* no direito brasileiro, em face de Madison, pleiteando sua nomeação.

A Suprema Corte Americana, ao julgar a petição interposta, teve como juiz-presidente do caso John Marshall, o qual analisou, em sua decisão, se a Corte teria ou não competência para julgar tal ação, uma vez que havia conflito entre a Constituição Americana e ato normativo inferior (Constituição de 1787 x *Judiciary Act*, seção 13, 1789). Marshall, ao observar que seria impossível uma norma hierarquicamente inferior contrariar qualquer dispositivo da Carta Magna de um Estado, entendeu que a primeira deveria ser nula, em virtude do princípio da hierarquia da Constituição.

No direito brasileiro, por sua vez, Mendes (2009, pag. 1.113), ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, com arrimo nas lições de Rui Barbosa, ilustra que, no Brasil, o controle de constitucionalidade pela via incidental surgiu em um contexto republicano, senão acompanhe-se:

A declaração de inconstitucionalidade por via de exceção se erigiu, inicialmente, em dogma do regime republicano. A ‘inconstitucionalidade — ensinava Rui — não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute’, uma vez que ‘o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política não se deve pleitear por ação direta ou principal’. E, dentre os requisitos ao exercício do controle de constitucionalidade, no Direito brasileiro, reputava imprescindível ‘que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não alvo, do libelo.

Nesse diapasão, observa-se que, ao longo dos anos, a evolução do ordenamento jurídico brasileiro sugere maior flexibilidade. uma vez que Mendes (2009, pag. 1.113):

Essa concepção ortodoxa sofreu profunda modificação na sua própria matriz (...). A ampla utilização da *injunction* como técnica do controle de constitucionalidade permitiu que se atenuassem, significativamente, as exigências para se obter 'uma declaração judicial sobre a validade da lei', ensejando a propositura de ações visando a impedir que determinado agente oficial desse execução a uma lei inconstitucional.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a criação do controle concentrado de constitucionalidade, o que se percebe é a maior incidência do controle concentrado, por este apresentar um caráter decisório capaz de atingir a sociedade em sua completude.

Analisando-se, então, o controle difuso de constitucionalidade, vê-se que as regras de competência que permeiam o acervo normativo brasileiro, permitem a qualquer juiz singular realizar controle, uma vez que este é verificado no caso concreto, em questão prejudicial ao mérito.

Lenza (2012, pag. 339) compara institutos referentes aos elementos da ação, no processo civil, para exemplificar de forma mais didática o controle pela via da exceção. Senão, veja-se:

O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito. Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual. Exemplo: na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio!

Van Holth (2009, pag. 153) cita exemplos de ações em que pode ser alegada inconstitucionalidade pela via de exceção:

O controle difuso pode ser realizado em qualquer espécie de ação (ação ordinária, ação possessória, ação de alimentos, reclamação trabalhista, habeas corpus, etc.) inclusive em mandado de segurança, como ocorre no MS impetrado pelo parlamentar durante o processo legislativo (que, como visto, é hipótese de controle jurisdicional e preventivo).

O controle difuso de constitucionalidade demonstra quando aos legitimados para propô-lo, uma vez que qualquer das partes, ou o Ministério Público, podem alegar inconstitucionalidade. Há a possibilidade, também, de declaração de inconstitucionalidade de

ofício pelo juiz singular, ou tribunal competente, em face de desobediência a preceito constitucional.

Quanto à legitimidade para a propositura, Van Holth (2009, pag. 153) leciona que qualquer das partes pode alegá-la (sujeito ativo ou passivo da ação), bem como o Ministério Público (o qual figura como fiscal da lei, ou *custus legis*), bem como o próprio Juiz (cuja característica marcante na relação processual é a impessoalidade) pode incitá-la, *ex officio*; senão veja-se:

A questão de inconstitucionalidade, neste tipo de controle, pode ser alegada por qualquer das partes, pelo Ministério Público, ou ainda, pode ser concedida pelo juiz de ofício, uma vez que o Poder Judiciário tem a obrigação de zelar pelo cumprimento da Constituição, sendo esta verdadeira matéria de ordem pública.

Para Mendes (2009, pag. 1113), o uso da via de exceção para o exercício do controle ganhou maior relevo com o advento do *habeas corpus* e do mandado de segurança:

Entre nós, a instituição das garantias constitucionais do *habeas corpus* e do mandado de segurança individual e coletivo ampliou, significativamente, a via de defesa ou de exceção contra ato ou omissão inconstitucionais, admitindo-se, inclusive, a utilização desses remédios em caráter preventivo. (...) Não se cuida mais, ou exclusivamente, de simples defesa contra a aplicação de um ato inconstitucional, tal como inicialmente definido por Lúcio Bittencourt, ou de alegação de inconstitucionalidade emanada de pessoa cujos direitos tenham sido ofendidos pela lei, como preconizado por Buzaid.

Ao revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário. 'É mister — diz Lúcio Bittencourt — que se trate de uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva.

Fixados tais pontos, tem-se que o controle de constitucionalidade pela via de exceção obedece a rito especial a fim de que culmine com a prolação da sentença que atenda, ou não, à pretensão formulada pela parte.

Dessa forma, vê-se proposta a ação, perante Tribunal ou Órgão específico que detenha competência para o julgamento desta, subordinando-se à cláusula de reserva de plenário e os efeitos de validade condicionados a mecanismo de tutela política detido pelo Senado Federal, conforme se passa a analisar.

### 3. A INFLUÊNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Conforme explanado ao longo deste trabalho, após a propositura de ação que tenha como causa de pedir a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, a parte sucumbente pode levar a conhecimento do Tribunal competente a análise da matéria.

É viável, também, que se proponha originariamente a discussão em segunda instância ou instância superior (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça), onde incidirá a cláusula de reserva de plenário, conforme se passa a aduzir.

O primeiro ato processual inerente ao incidente processual instaurado é a propositura da ação, a qual deverá ser distribuída em atendimento ao regimento interno de cada órgão.

Após distribuição processual para Turma, Câmara ou Seção – em conformidade com o regulamento interno do Tribunal ao qual se propõe a demanda -, a presença da discussão acerca da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo ocasiona a ocorrência de questão de ordem e posterior análise desta pelo pleno do tribunal ou pelo órgão especial, se existente, para que se proceda às discussões acerca da matéria controvertida.

Atendidas tais preliminares, a prolação de decisão acerca da inconstitucionalidade é condicionada ao voto da maioria absoluta dos membros da casa julgadora a fim de que a declare. Tal mecanismo é chamado de cláusula de reserva de plenário, como se verifica na doutrina de Lenza (2012, pag. 340):

No tribunal competente, distribuído o processo para uma turma, câmara ou seção (depende da organização interna do tribunal a ser estabelecida em seu regimento interno), verificando-se que existe questionamento incidental sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, suscita-se uma questão de ordem e a análise da constitucionalidade da lei é remetida ao pleno, ou órgão especial do tribunal, para resolver aquela questão suscitada. Nesse sentido é que o art. 97 da CF/88 estabelece que 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. Temos aqui a chamada cláusula de reserva de plenário.

A cláusula de reserva de plenário, disciplinada no art. 52, X, da Constituição Federal é um dos temas que enseja grande discussão doutrinária entre os membros do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a publicação das decisões deste fica subordinada ao crivo político do Senado para que o teor dos julgados possa adquirir eficácia e validade.

A controvérsia doutrinária, então, tem origem na necessidade ou não de atendimento deste dispositivo a fim de que se proceda ao controle de constitucionalidade, questão esta que não vai ser amplamente discutida no presente trabalho, em virtude da brevidade do mesmo.

É de inteira necessidade, entretanto, uma ligeira análise de tal mecanismo, por ser através dele que se concretiza o princípio da segurança jurídica e a solidificação do princípio da supremacia da Carta Magna no ordenamento jurídico vigente.

Os princípios constitucionais supramencionados são os alicerces das discussões doutrinárias brasileiras acerca da inovação do ordenamento jurídico por um mecanismo que, via de regra, não é utilizado com tal função precípua.

Observa-se que, a partir do momento que o artigo 97, da Constituição Federal – o qual disciplina o instituto da cláusula de reserva de plenário –, relaciona a questão fundamental de validade da decisão que declara a inconstitucionalidade de determinado ato normativo à subsunção da maioria absoluta da Casa a qual se encontra a questão controvertida, conforme preleciona o entendimento da Súmula Vinculante nº. 10, do STF; senão acompanhe-se a redação dos dispositivos acima mencionados:

Art. 97. 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.

Súmula Vinculante nº. 10 do STF - Violação da Cláusula de Reserva de Plenário - Decisão de Órgão Fracionário de Tribunal - Declaração da Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Garante-se, dessa forma, a não violação aos direitos e garantias fundamentais elencados no rol do artigo 5º, da Constituição Federal, bem como respeita ainda a rigidez trazida por esta no seu núcleo imutável – artigo 60, §4º, da Carta Magna, que elucida as cláusulas pétreas -, a fim de que se evite a declaração de inconstitucionalidade de normas que foram conquistadas e sedimentadas no acervo constitucional da sociedade brasileira.

Lenza (2012, pag. 340) cita, a título ilustrativo da discussão doutrinária acerca do tema, as lições do Ministro Celso de Mello, no RE 190.725-8/PR:

(...) a exigência de maioria qualificada para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo justifica-se pela preocupação de só permitir ao Poder Judiciário tal declaração quando o vício seja manifesto e, portanto, salte aos olhos de um

grande número de julgadores experientes caso o órgão seja colegiado. Sendo atingida a majestade da lei a qual, em princípio, se beneficia da presunção de estar de acordo com a Constituição, é necessário que o julgamento resulte de um consenso apreciável e não brote de qualquer escassa maioria (...). Essa exigência, por outro lado, acautela contra uma futura variação de jurisprudência no mesmo Tribunal. Assim, a inconstitucionalidade tem de ser declarada pelos votos conformes de um número de juízes equivalente a metade e mais um dos membros do Tribunal ou do órgão competente nele formado.

Opostas a tais arguições está o atendimento ao princípio da economia processual, o qual justifica a ausência de subordinação do procedimento ao disposto no art. 97 da Constituição Federal, condicionando-se à existência de decisão já proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da mesma matéria.

Mais uma vez, Lenza (2012, pag. 341) fornece a visualização da justificativa da corrente doutrinária oposta, a fim de que se analise de forma imparcial a necessidade ou não de subsunção à cláusula de reserva de plenário, uma vez que para muitos cientistas do Direito há significativa ofensa à segurança jurídica trazida pela edição da súmula vinculante, veja-se:

De acordo com o Ministro Ilmar Galvão, 'declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei, pela maioria absoluta dos membros de certo Tribunal, soaria como verdadeiro despropósito, notadamente nos tempos atuais, quando se verifica, de maneira inusitada, a repetência desmesurada de causas versantes da mesma questão jurídica, vinculadas à interpretação da mesma norma, que, se exigisse, em cada recurso apreciado, a renovação da instância incidental da arguição de inconstitucionalidade, levando as sessões da Corte a uma monótona e interminável repetição de julgados da mesma natureza' (RE 190.725-8/PR). Essa tendência foi confirmada pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998, que, acrescentando um parágrafo único ao art. 481 do CPC, estabeleceu: 'os órgãos fracionários dos tribunais (entenda-se Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções) não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamentos destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão', podendo, inclusive, referida ação ser, de plano, apreciada, conhecida e julgada pelo relator, na redação dada ao art. 557 e acréscimo de um § 1.º-A ao CPC pelo mesmo dispositivo legal.

É imperioso destacar, a título de curiosidade, que as decisões proferidas acerca de controle difuso de constitucionalidade por Turma Recursal de Juizados Especiais Federais não se submetem à cláusula de reserva de plenário, uma vez que esta não apresenta natureza jurídica de tribunal, conforme preceitua o art. 97, da Constituição. Celso de Mello, *apud* Lenza (2012, pag. 343), elucida tal matéria, acompanhe-se:

EMENTA: A declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público submete-se ao princípio da reserva de Plenário consagrado no art. 97 da Constituição Federal. A vigente Carta Política, seguindo uma tradição iniciada pela Constituição de 1934, reservou ao Plenário dos Tribunais a competência funcional por objeto do juízo para proferir decisões declaratórias de inconstitucionalidade.

Órgãos fracionários dos Tribunais (Câmaras, Grupos de Câmaras, Turmas ou Seções), muito embora possam confirmar a legitimidade constitucional dos atos estatais (RTJ 98/877), não dispõem do poder de declaração da inconstitucionalidade das leis e demais espécies jurídicas editadas pelo Poder Público. Essa especial competência dos Tribunais pertence, com exclusividade, ao respectivo Plenário ou, onde houver, ao correspondente órgão especial. A norma inscrita no art. 97 da Carta Federal, porque exclusivamente dirigida aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, não se aplica aos magistrados singulares quando no exercício da jurisdição constitucional (RT 554/253)" (HC 69.921, voto do Rel. Min. Celso de Mello, j. 09.02.1993, 1.ª Turma, DJ de 26.03.1993).

Superado o entendimento de tal mecanismo de controle e manutenção das normas constitucionais, bem como a continuação de sua existência no compêndio legislativo vigente, passa-se à análise do segundo mecanismo a qual se submete a eficácia da sentença declaratória de inconstitucionalidade, qual seja a análise política da decisão proferida pelo Senado Federal.

#### **4. MECANISMO PREVISTO NA CFRB/88 REFERENTE À MUTAÇÃO DO DESTINATÁRIO DOS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF EM SEDE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

A atividade de subsunção do julgamento pela maioria absoluta dos membros da Casa julgadora da arguição de inconstitucionalidade é seguida, havendo julgamento favorável ao reconhecimento desta, pela fase de publicação da decisão e suspensão da vigência da norma, pelo Senado Federal, conforme prececiona o art. 52, X, CF.

Lenza (2012, pag. 346) ilustra o procedimento a ser seguido pelo Supremo Tribunal Federal para que o Senado Federal conheça da matéria, para fins de publicação da decisão prolatada pelo Pretório Excelso, a fim de que o último leve a conhecimento da sociedade o teor daquela, bem como sua anulação no ordenamento jurídico. Acompanhe-se as minúcias do procedimento descrito abaixo:

O art. 386 do Regimento Interno do Senado Federal, regulamentando o assunto, estabelece que o Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo STF, de inconstitucionalidade, total ou parcial, de lei mediante: a) comunicação do Presidente do Tribunal; b) representação do Procurador-Geral da República; c) projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o artigo anterior deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento, isso tudo conforme o art. 387 do Regimento Interno do Senado. E o art. 388 conclui o procedimento estabelecendo que, após a leitura em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte (CF, art. 52, X).

Dois pontos controvertidos acerca da repercussão da incidência do art. 52, X, da CFRB/1988 devem ser fixados. O primeiro ponto controverso se refere à competência do Senado Federal em face da norma a ser declarada inconstitucional. O segundo, por seu turno, diz respeito à amplitude da decisão proferida por esta Casa do Congresso.

Quanto à competência do Senado Federal, acima ilustrada, verifica-se que o ato normativo a ser suspenso (em virtude de flagrante inconstitucionalidade deste, por exemplo), após reconhecimento da inconstitucionalidade deste, pode ser de cunho federal, estadual ou até mesmo municipal, respeitando-se a modalidade incidental, no controle constitucional difuso. É inexistente qualquer restrição acerca da origem normativa (ente federado que confecciona a lei, ou seja, União, Estados e Distrito Federal, Município) a ter sua

inconstitucionalidade declarada pelo Senado, mesmo no caso de lei municipal, o que não é previsto expressamente pela Constituição Federal.

Em relação à declaração de inconstitucionalidade de norma de origem municipal, é pacífica a doutrina, aqui representada por Lenza (2012, pag. 346) a elucidar a não desobediência ao princípio federativo:

Em se tratando de lei municipal ou lei estadual confrontadas perante a Constituição Estadual, Michel Temer entende que, em face do princípio federativo, “pode e deve o Tribunal de Justiça ou Tribunal de Alçada,[75] após declarar a inconstitucionalidade, remeter essa declaração à Assembleia Legislativa para que esta suspenda a execução da lei (evidentemente, nos Estados em que as Constituições confirmam essa competência à Assembleia).

Ocorre que, deve ser respeitado o limite da decisão de inconstitucionalidade formulado pelo Supremo Tribunal Federal, vendando-se, assim, a suspensão de parte de ato normativo mais amplo do que aquele determinado pelo Plenário Excelso.

Ao analisar-se a incidência dos efeitos da decretação de suspensão parcial ou total da eficácia e aplicabilidade de determinada norma, tem-se, conforme previamente dito, imprescindível que seja acionada a inconstitucionalidade pela via incidental e não pela via de ação.

Dito isso, no momento em que o Senado publica na Imprensa Oficial a resolução a qual susta os efeitos da lei declarada inconstitucional, a suspensão do ato normativo atingirá a todos de forma igualitária.

Lenza (2012, pag. 347) explicita tal suspensão:

O nome ajuda a entender: suspender a execução de algo que vinha produzindo efeitos significa dizer que se suspende a partir de um momento, não fazendo retroagir para atingir efeitos passados. Assim, por exemplo, quem tiver interesse em “pedir de volta” um tributo declarado inconstitucional deverá mover a sua ação individualmente para reaver tudo antes da Resolução do Senado, na medida em que ela não retroage.

Vislumbra-se, então, que os efeitos da decisão serão *erga omnes*, o qual em regra é o efeito da decisão proferida pela via da ação e, *ex nunc*, ou seja, não retroage no tempo, produzindo novos efeitos a partir do momento da publicação da lei ou respeitando-se a *vacatio legis*, caso a própria norma a discipline.

É valiosa, ainda, a observação acerca de apenas uma exceção acerca da situação *sui generis* acima apresentada. O Decreto 2.346/1997, em seu artigo 1º, §2º, determina, de forma expressa, a produção dos efeitos de forma a ser *ex tunc* – ou seja, retroagem os efeitos

da decisão para a data da edição da norma a ser anulada -, para a resolução do Senado Federal que verse sobre matéria concernente à Administração Pública Direta e Indireta.

Quanto à obrigatoriedade, ou não, da suspensão dos efeitos da norma pelo Senado Federal, observa-se que a doutrina diverge quanto a esta. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, entende, e aplica, que não há obrigatoriedade quanto à suspensão da execução de norma declarada inconstitucional, uma vez que esta é decisão política e, não jurídica, como a proferida com força de sentença definitiva pelo STF. Senão, observe-se a explanação de Lenza (2012, pag. 247):

Essa questão é muito debatida na doutrina. Tanto assim que nos limitaremos a apontar nosso posicionamento, que coincide com o do STF, Senado Federal e grande parte da doutrina, devendo, pois, ser o observado nas provas preambulares. Deve-se, pois, entender que o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discricionariedade política, tendo o Senado Federal total liberdade para cumprir o art. 52, X, da CF/88. Caso contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação de Poderes.

Encontra, então, o Poder Judiciário, amparo na divergência doutrinária inerente ao tema para executar o teor de suas decisões inobservando o teor do art. 52, X, da CFRB/1988, respaldados no princípio da segurança jurídica e da força normativa da Constituição Federal.

## 5. TEORIA DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA SENTENÇA – ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO OU OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Realizadas as considerações introdutórias a respeito do tema, entendidas como basilares ao estudo da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, passa-se ao estudo desse inovador mecanismo de maneira mais aprofundada.

Historicamente, como ressaltado anteriormente, a transcendência dos motivos determinantes da sentença, não é um mecanismo tão inovador assim, uma vez que traz suas origens da Constituição de 1946, quando era ausente o controle constitucional pela via de ação.

Tal construção jurídica ganha respaldo no cenário doutrinário e jurisprudencial brasileiro ao ser invocado pelo Plenário Excelso à luz da Constituição Federal de 1988, com o caso inaugural do município mineiro de Mira Estrela e, após, este com a progressividade prisional em relação aos crimes de natureza hedionda (disciplinados na Lei 8.072/1990).

Como ensina Lenza (2012, pag. 278), o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é misto, ou seja, pode ocorrer pela via concreta, ou via de ação e, pela via abstrata, ou via da exceção. A teoria da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença traz uma nova interpretação quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via de defesa, arguida em questão prejudicial.

Gilmar Mendes é citado por Lenza (2012, pag. 348) ao ilustrar acerca de uma possível mutação constitucional, uma vez que a regra é excepcionada para a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, senão veja-se:

Na doutrina, em importante estudo, Gilmar Mendes afirma ser ‘... possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica ‘reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Verifica-se, apenas nesse trecho, a síntese de vários pontos elucidados ao longo do presente trabalho, como, por exemplo, o mecanismo de publicação da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma por parte do Senado Federal, descrito no art. 52, X, da CF, o qual é mitigado através da teoria da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença e que inspira diversas discussões jurídicas.

Como justificativas ao emprego dessa teoria às decisões de caráter relevante ao ordenamento jurídico, Lenza (2012, pag. 348) cita:

Os principais argumentos a justificar esse novo posicionamento 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.

Tem-se, aqui, o importante princípio da força normativa da Constituição bem como da supremacia desta, ambos discutidos previamente neste estudo. O primeiro ensina que a Constituição Federal é parâmetro de eficácia e aplicabilidade da norma, uma vez que esta não é apenas um compêndio de determinadas disposições legais, mas sim o expoente máximo do ordenamento jurídico de um Estado. O segundo, por seu turno, ilustra que o conteúdo da Lei Maior deve ser aplicado e obedecido pela sociedade, bem como pelos poderes (Judiciário, Executivo e Legislativo) que integram a organização estatal vigente.

Quanto aos princípios que se referem ao Supremo Tribunal Federal, percebe-se que o Pretório Excelso detém a função de guardião da Constituição Federal e, em decorrência deste, seu intérprete máximo. Em consonância com este princípio, há, por consequência, atribuição de dimensão política de suas decisões, o que mais uma vez, ilustra a mitigação trazida pela teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença ao mecanismo de publicação do art. 52, X, da CFRB/1988.

Fala-se em mitigação de tal ato em virtude de, em tese, ser desnecessária a publicação, por parte do Senado Federal, do conteúdo da sentença de declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, já que o próprio Poder Judiciário tem autonomia suficiente para “fazer valer” o conteúdo de suas decisões com o mero ato de publicação.

O ministro Gilmar Mendes, citado, mais uma vez, por Lenza (2012, pag. 348), refere-se a uma tendência de abstrativização do controle constitucional difuso, uma vez que este, ao manter suas características procedimentais, reveste-se dos efeitos típicos do controle concentrado de constitucionalidade. Observe-se:

Em outro julgado, o Ministro Gilmar Mendes “sepultou”, de vez, a regra do art. 52, X, aproximando o controle difuso do controle concentrado. O tema ainda depende de manifestação dos outros Ministros do STF, mas, sem dúvida, representa importante perspectiva em termos de “abstrativização” do controle difuso e de consagração da tese da transcendência da *ratio decidend*.

Lenza (2012, pag. 348) refere-se, ainda, ao Informativo n. 454, do STF, para ilustrar, de maneira cabal, o caráter de mitigação da publicação do Senado Federal no tocante à decisão definitiva acerca de inconstitucionalidade oriunda do Supremo Tribunal, veja-se:

Como indicado no Inf. 454/STF, o Ministro Gilmar Mendes “... 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 82.959/SP (‘progressão do regime na lei dos crimes hediondos’, acrescente-se). Após, pediu vista o Min. Eros Grau” (Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 1.º.02.2007).

A discussão acerca desse ato procedimental é amplamente controvertida na doutrina, uma vez que diversos estudiosos do direito recusam-se a concordar com Gilmar Mendes em tal posicionamento, alegando, para tanto, que há veemente ofensa ao princípio da separação dos poderes, importado do estudo de Maquiavel. Pedro Lenza cita como doutrina divergente a estudada por Alfredo Buzaid, o qual inadmite que haja mutabilidade constitucional no ordenamento jurídico oriunda de questões prejudiciais arguidas de forma incidental no processo. Lenza (2012, pag. 349) é um exemplo de doutrinador avesso à aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, observe-se:

Por todo o exposto, embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5.º, LXXVIII — Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), afigura-se faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação.

Lenza (2012, pag. 349) afirma que a atribuição de efeito *erga omnes* é legalmente prevista, apenas, para o controle constitucional concentrado e para a súmula vinculante, a qual foi trazida ao ordenamento jurídico através da edição da Emenda Constitucional 45, de 2004. Atendo-se, ainda, ao princípio da legalidade, na forma *strictu sensu*, Lenza afirma, ainda, que a Constituição Federal prevê expressamente, no tão comentado art. 52, X, que é preciso que se submeta ao crivo político do Senado Federal a análise acerca da publicação ou não da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Observe-se:

Assim, na medida em que a análise da constitucionalidade da lei no controle difuso pelo STF não produz efeito vinculante, parece que somente mediante necessária reforma constitucional (modificando o art. 52, X, e a regra do art. 97) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência — repita-se, bastante “atraente” — da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, com caráter vinculante.

Se aceita nos parâmetros propostos, a transcendência, com caráter erga omnes, dos motivos determinantes da sentença no controle difuso autorizaria, inclusive, o uso da reclamação em caso de descumprimento da tese constitucional resolvida enquanto questão prejudicial. Outra não poderia ser a interpretação.

Por fim, sustentamos (já que não nos filiamos à teoria da abstrativização) a possibilidade de se conseguir o objetivo pretendido mediante a edição de súmula vinculante, o que, em nosso entender, seria muito mais legítimo e eficaz, além de respeitar a segurança jurídica, evitando o casuismo.

No trecho acima destacado, o doutrinador afirma que seria necessária uma verdadeira reforma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro a fim de que a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença pudesse solidificar-se e, por consequência, ser aplicada no caso concreto.

A maior repercussão acerca do tema no ordenamento jurídico brasileiro é mencionada em dois casos, quais sejam, o número exacerbado de vereadores no município de Mira Estrela, no estado de Minas Gerais e a progressividade de regime quanto aos crimes hediondos.

Quanto, primeiramente, ao caso Mira Estrela, tem-se a eleição de número de vereadores desproporcional à população do referido município, uma vez que foram eleitas duas pessoas a mais para o exercício do cargo público. Lenza (2012, pag. 245) expõe:

Em importante precedente, destaca-se ação civil pública ajuizada pelo MP de São Paulo objetivando reduzir o número de vereadores do Município de Mira Estrela, de 11 para 9, adequando-se ao mínimo constitucional previsto no art. 29, IV, da CF/88. Pouco razoável seria um Município com 2.651 habitantes ter 11 vereadores, 2 além do mínimo constitucional.

O MP de São Paulo pedia a devolução dos subsídios indevidamente pagos e a declaração incidental da inconstitucionalidade da lei (controle difuso), com efeitos retroativos.

Contudo, conforme ponderou o Min. Maurício Corrêa na parte final de seu voto, ‘... a declaração de nulidade com os ordinários efeitos *ex tunc* da composição da Câmara representaria um verdadeiro caos quanto à validade, não apenas, em parte, das eleições já realizadas, mas dos atos legislativos praticados por esse órgão sob o manto presuntivo da legitimidade. Nessa situação específica, tenho presente excepcionalidade tal a justificar que a presente decisão prevaleça tão somente para as legislaturas futuras, assegurando-se a prevalência, no caso, do sistema até então vigente em nome da segurança jurídica (...).

Verifica-se, então, que este foi o primeiro caso em que foi aplicada a teoria da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença. Um julgado brasileiro o qual atribuiu à decisão, confeccionada em controle difuso de constitucionalidade, efeito *erga*

*omnes e pro futuro* à determinada matéria. Fala-se, em efeito *pro futuro* uma vez que se declara a inconstitucionalidade de determinada norma, fazendo com que esta perca sua validade, eficácia e aplicabilidade no ordenamento jurídico, desde a data de sua edição e, veda-se, ainda, a edição de qualquer nova norma que discipline sobre a matéria declarada inconstitucional.

Lenza (2012, pag. 275) cita, ainda, o entendimento de Gilmar Mendes a respeito da matéria, previamente julgada em Recurso Extraordinário, acompanhe-se:

“O Ministro Gilmar Mendes, em outra oportunidade, desenvolveu com maestria o entendimento fixado no caso de Mira Estrela, ao julgar a Ação Cautelar n. 189: ‘segundo o ministro, trata-se de questão idêntica à discutida no Recurso Extraordinário 197.917, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, em que o Plenário decidiu pela inconstitucionalidade de Lei Orgânica municipal, que estabelecia o número de vereadores, determinando, porém, a eficácia dos efeitos para momento futuro. ‘Como se pode ver, se se entende inconstitucional a lei municipal em apreço, impõe-se que se limitem os efeitos dessa declaração (*pro futuro*)’, afirmou Mendes. O ministro ressaltou que o sistema difuso ou incidental de controle de constitucionalidade admite a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*. Para Gilmar Mendes, no caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* (retroativo) ocasionaria repercussões em todo o sistema atual, atingindo decisões tomadas em momento anterior à eleição, que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito eleitoral também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara municipal nos diversos projetos e leis aprovados. O ministro ressaltou que a doutrina e jurisprudência entendem que a margem de escolha conferida ao Tribunal para a fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não legitima a adoção de decisões arbitrárias, estando condicionada pelo princípio de proporcionalidade” (cf. *Notícias STF*, 06.04.2004 — 20h17)”.

Mais uma vez, evidencia-se a repercussão que é inerente à matéria uma vez que qualquer município brasileiro estaria sujeito à edição de lei que autorizasse eleição de cargos públicos superior à necessidade do município em questão, o que viola dispositivo constitucional e, por consequência, os princípios da supremacia e da força normativa da Constituição.

Para analisar-se, por sua vez, a divergência acerca da progressividade dos hediondos é mister fixar alguns pontos.

Primordialmente, a doutrina não é homogênea ao conferir um conceito formal de crime hediondo, limitando-se a descrevê-lo como aquele previsto no rol taxativo da Lei 8.072/1990, conforme se passa a demonstrar através da doutrina de Masson (2008, pag. 209): “É todo aquele que se enquadra no rol do art. 1º, da Lei 8.072/1990, na forma consumada ou

tentada. Adotou-se um critério legal: crime hediondo é aquele que a lei define como hediondo”.

A Lei dos Crimes Hediondos, entretanto, determinava que os condenados nos tipos penais previstos em seu art. 1º, não poderiam pleitear a progressão de regime, fundamentando-se no grau de reprovabilidade que a conduta possuía. A jurisprudência e doutrina, em severa crítica, atribuíam inconstitucionalidade a esse dispositivo, por violar o disposto no art. 5º, XLVII e alíneas da CF/88, o qual dispõe, dentre outras, que não haverá, no Brasil, pena de caráter perpétuo.

Nucci (2011, pag. 412), ressalta a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime ao mencionar a violação do princípio da individualização executória da pena, observe-se:

Não havia possibilidade de progressão no caso dos crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (Lei 8.072/90), posição que predominava na jurisprudência. Pensamos, entretanto, que a Lei dos Crimes Hediondos, ao vedar a progressão, impondo regime fechado integral, era inconstitucional, não porque ofendia ao princípio da humanidade, mas porque lesava a individualização executória da pena. Não deve haver pena-padrão, em hipótese alguma.

Com a flagrante inconstitucionalidade do dispositivo previsto na Lei dos Crimes Hediondos, foi impetrado o *Habeas Corpus* nº. 82.959, no Supremo Tribunal Federal, por Oseas de Campos, o qual pleiteava, dentre outras minúcias, a progressão de regime, a fim de que cumprisse a pena fixada em sentença penal condenatória pela prática de crime hediondo no regime menos severo.

O ministro Marco Aurélio declarou a inconstitucionalidade do §1º, art. 2º, da Lei 8.072, citando diversos precedentes, na página 523 de seu voto, em 23 de fevereiro de 2006, ao utilizar-se da transcendência dos motivos determinantes da sentença para conferir efeito *erga omnes* a esta decisão, em virtude da repercussão geral que a matéria traz ao ordenamento jurídico e no caráter de urgência que a matéria exigia.

A Lei 11.464/2007, publicada em março de 2007, trouxe esclarecimentos acerca da declaração de inconstitucionalidade acima comentada, disciplinado, por exemplo, o requisito objetivo (lapso temporal a ser cumprido pelo apenado para fins de requisição de qualquer benefício da execução penal) a ser cumprido pelo condenado à crime hediondo, qual seja 2/5 para o réu primário e 3/5 para o réincidente.

A Súmula Vinculante nº. 26, editada em 23 de dezembro de 2009, ratificou a matéria da progressividade, ao dispor, novamente, que o art. 2º, da Lei dos Crimes Hediondos

havia sido declarado inconstitucional e, que tal regramento deve ser observado pelo Juízo da Execução Penal ao avaliar a possibilidade de concessão do benefício da progressão de regime, sem prejudicar a aferição dos demais critérios autorizadores deste.

Ao expor os casos de maior repercussão no Brasil acerca da matéria em estudo, percebe-se que é inevitável a discussão acerca da abstrativização do controle constitucional difuso ou objetivação do recurso extraordinário.

A teoria da abstrativização do controle constitucional pela via de ação foi amplamente discutida acima pela exposição do caso da progressividade dos crimes hediondos. Percebe-se, através deste, que o controle constitucional difuso adquire uma nova forma a partir do momento que há necessidade de ampliar os efeitos de sua decisão à sociedade como um todo, o que justifica a transformação do efeito desta, o qual originariamente é *inter partes*, passando a ser *erga omnes*.

A doutrina diverge, ainda, acerca da objetivação do recurso extraordinário.

*Prima facie*, é importante destacar o conceito de recurso extraordinário, conforme explana Barroso (2012, pag. 124):

O recurso extraordinário, da tradição republicana brasileira, foi cindido, pela Constituição de 1988, em dois recursos distintos: o que conservou o nome de recurso extraordinário e o que passou a se denominar recurso especial. Ao recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal e disciplinado no art. 102, III, do texto constitucional, ficaram reservadas as questões constitucionais. Ao recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça e regido pelo art. 105, III, da Carta da República, tocou a discussão das questões infraconstitucionais. É importante ter em mente essa distinção ao apreciar o exercício do controle difuso e incidental pelo STJ e pelo STF.

Dessa forma, vislumbra-se que o recurso extraordinário apresenta rol taxativo de cabimento, como assevera, ainda, Barroso (2012, pag. 125):

Nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal, das causas decididas em única ou última instância, caberá recurso extraordinário em quatro hipóteses, a saber, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Há, ainda, uma inovação trazida pela Emenda Constitucional 45 de 2004, quanto a mais um requisito inerente à propositura do recurso extraordinário, qual seja, a repercussão geral, acrescida em um novo parágrafo do art. 102, da Carta Magna, veja-se a explanação de Barroso (2012, pag. 129-130):

Tal como foi adiantado, a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu um novo parágrafo no art. 102 da Constituição, instituindo requisito adicional para aferir a admissibilidade de recurso extraordinário: a repercussão geral da questão constitucional discutida. A Constituição utilizou, deliberadamente, um conceito jurídico indeterminado, deixando a tarefa de concretização a cargo do legislador ordinário e, sobretudo, do próprio STF. Confira-se a redação do novo parágrafo do art. 102:

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

No direito comparado observa-se forte tendência de restringir a atuação das cortes constitucionais a um número reduzido de causas de relevância transcendente. Uma das formas mais comuns para atingir esse propósito é permitir que exerçam algum grau de controle sobre as causas que irão apreciar. A principal justificativa para tal discricionariedade é promover a concentração de esforços nos temas fundamentais, evitando que a capacidade de trabalho do Tribunal seja consumida por uma infinidade de questões menores, muitas vezes repetidas à exaustão. O resultado esperado é a produção de julgamentos mais elaborados e dotados de maior visibilidade, fomentando o debate democrático em torno das decisões e do próprio papel desempenhado pela Corte. Essa inserção da jurisdição constitucional no contexto mais amplo de deliberação política — preservada sua independência e a metodologia que lhe é própria — passa a ser vista como fator de legitimação, desfeito o mito de que a interpretação jurídica seja uma atividade mecânica de revelação de conteúdos objetivo.

Fala-se, então, em caráter de objetivação deste recurso em virtude do atendimento do critério da repercussão geral pela matéria a ser arguida através da via de exceção a fim de que se declare inconstitucional determina lei. Admite-se tal teoria em caso de multiplicidade de recursos com fundamentação em idêntica controvérsia, conforme ilustra Lenza (2012, pag. 283):

Enquanto esta questão não se soluciona (o posicionamento do STF sobre a mutação ou não do art. 52, X, não controle difuso), temos que **reconhecer**, contudo, que, em algumas situações, o legislador tendeu para a ideia da **abstrativização**, por exemplo, no julgamento da **repercussão geral** no recurso extraordinário (art. 543-A, CPC), que, inclusive, poderá se implementar por **amostragem** quando houver **multiplicidade de recursos** com fundamento em idêntica controvérsia (art. 543 -B, CPC).

Tem-se, dessa forma, um processo-modelo, um paradigma processual a ser levado em conta, da qual diversos outros processos dele derivarão ao repercutir sobre matéria idêntica. Mendes, citado por Lenza (2012, pag. 284), leciona:

Esse novo modelo traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Aludido instrumento **deixa de ter caráter marcadamente subjetivo** ou de **defesa de interesse das partes**, para assumir, de forma decisiva, a **função de defesa da ordem constitucional objetiva**. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. Nesse sentido, destaca

-se a observação de Häberle, segundo a qual 'a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjctivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo', dotado de uma 'dupla função', subjctiva e **objetiva**, 'consistindo esta última em assegurar o **Direito Constitucional objetivo**.

Mais uma vez, a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença apresenta-se como modelo de flexibilidade e aplicabilidade de princípios constitucionais, como por exemplo, o princípio da celeridade processual, da eficácia na prestação jurisdicional do Estado, com a finalidade de sedimentar, de uma vez por todas, o sentimento de impunidade que se mostra cada vez mais frequente na sociedade brasileira.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo, foram mencionados diversos conceitos, como por exemplo, o que vem a ser o controle concentrado, bem como suas modalidades e os efeitos de sua decisão, conforme é trazido pela Constituição Federal e utilizado pelo Poder Judiciário, via de regra.

É necessário invocar, também, que foi abordada, de forma ampla, a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, em seu contexto histórico, de forma delineada. Em um primeiro momento, como forma de introdução ao tema, abordou-se sua origem na Carta Constitucional de 1946.

Observa-se, que foi exposta, de igual forma, a figura da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no ordenamento jurídico vigente, ou seja, uma construção doutrinária e jurisprudencial que permite o atendimento de um anseio elementar da sociedade brasileira, qual seja, a celeridade processual, bem como a segurança jurídica.

Ambos os princípios acima delineados (celeridade processual e segurança jurídica) são alvos constantes de críticas midiáticas acerca da efetiva atuação do Poder Judiciário, em face de um conjunto de normas jurídicas divergentes do momento histórico pelo qual a sociedade brasileira atravessa na atualidade, que são, por sua vez, corriqueiramente aplicadas na prática forense.

A teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença é severamente criticada por parte da doutrina, conforme exposto anteriormente, uma vez que esta preza pela economia processual e por uma maior autonomia do Poder Judiciário ao mitigar a necessidade de publicação de suas decisões por um órgão político, qual seja, o Senado Federal.

Pode-se vislumbrar uma tendência do Judiciário brasileiro em conquistar maior espaço no tocante à eficácia e aplicabilidade de suas decisões no ordenamento jurídico uma vez que estas não são subordinadas a crivo político algum, mas sim, de cunho jurídico tão somente.

É notável que parte dos cientistas do direito insiste em prender-se em um modelo legalista de construção constitucional, apregoando que apenas a norma que fora exposta de forma clara e expressa na Constituição Federal poderia ser aplicada na prática jurídica. Com o presente estudo, demonstra-se, data vênia, que tal fato não é verdade, uma vez que cada novo caso tem sua individualidade e subjetividade, apesar das linhas gerais as quais são inerentes a

um procedimento jurídico, e estes pontos devem ser levados em consideração no momento da confecção de uma sentença.

Verifica-se, através da doutrina dos defensores da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, que a possibilidade de utilização deste mecanismo é uma evolução ao sistema do controle de constitucionalidade do país, com ênfase ao caráter vinculativo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando, como anteriormente mencionado, a mitigação da obrigatoriedade das decisões do STF pelo Senado Federal.

Diferentemente do que apregoa determinada parte da doutrina - e até mesmo de parte do próprio Pretório Excelso -, não há violação ao princípio da separação dos poderes de Montesquieu com o advento da teoria em comento, mas sim o amparo à autonomia do Judiciário brasileiro, que não mais se subordina ao crivo político de uma casa legislativa para que possa executar o conteúdo de determinada sentença.

Gilmar Mendes, ministro do Supremo Tribunal Federal, amplamente citado neste estudo, é categórico em afirmar que a publicação do conteúdo de qualquer decisão por parte do Senado, em atendimento ao disposto no art. 52, X, da CF/1988, é mero ato, não detendo este qualquer competência para análise, ou até mesmo reanálise, de matéria decidida pelo primeiro.

Lúcio Bittencourt citado por Mendes (2009, pag. 1136) defende a mesma aplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença ao afirmar que há impropriedade técnica ao atribuir competência ao Senado para suspender a execução de determinada lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Depreende-se, dessa forma, que, no momento em que é arguida a inconstitucionalidade de determinada lei, ou ato normativo, este perde sua eficácia desde o nascedouro do mesmo, o que impediria que o Senado Federal pudesse, de qualquer forma, suspender a decisão que declararia tal afronta ao ordenamento jurídico. Pode-se dizer, ainda, com firmeza, que tal ato viola o princípio da supremacia da Constituição Federal, bem como o princípio da força normativa, ambos exaustivamente discutidos ao longo do presente trabalho.

Mendes (2009, pag. 1137), a título de exemplo, menciona o controle constitucional acerca de Lei Municipal, em que seria evidente a presença da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença na decisão do Supremo Tribunal Federal que declarasse tal lei inconstitucional. Observe-se:

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação só pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal.

É cristalina, assim, a tendência da doutrina contemporânea em tentar aproximar as duas formas de controle, através da objetivação do recurso extraordinário, como demonstrado anteriormente, a fim de que o acesso à justiça pelos cidadãos possa ser realizado de forma eficaz e célere, duas das maiores máculas do Poder Judiciário na atualidade.

É imperiosa a necessidade de que, com o advento da Constituição Cidadã - como é denominada pela doutrina a Carta Magna de 1988 -, não seja assegurada a maior conquista da sociedade brasileira do fim do século XX, qual seja, o mínimo jurídico a ser conferido ao cidadão, uma vez que este figura como garantia no próprio texto constitucional.

A teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença apresenta-se, destarte, não como uma ilusão de um resgate histórico do texto constituinte de 1946, mas sim como um mecanismo inovador (pela ausência de sua utilização nas últimas décadas), que assegura o cumprimento dos princípios e garantias constitucionais previstos na Carta Magna de 1988, a qual visa a atender à sociedade de forma equitativa em seus anseios.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012

HOLTH, Leo van. **Direito constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Bahia: JusPodvim, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito penal esquematizado : parte geral**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal : parte geral : parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000.