O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF

José Ribas Vieira
Deilton Ribeiro Brasil

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Fundamentos doutrinários do Efeito Vinculante. 3. Desfecho final.

1. Considerações iniciais

O direito é interpretação. O Supremo Tribunal Federal vem exercendo inegavelmente dois papéis de extrema importância: o de resolver litígios judiciais, que se volta para as partes e para o passado, e o de complementar e desenvolver o direito positivado, que se volta para a coletividade e para o futuro, daí o reconhecimento ao Poder Judiciário como fonte de produção normativa em uma perspectiva que se busca uma pretensão de correção das decisões judiciais (Cf. SILVA, 2005, p. 305) que representam um caso especial do discurso racional prático em geral (ALEXY, 1993, p. 60). É, portanto, um procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos. A correção desses enunciados tem por pressuposto serem eles o resultado desse procedimento, ou seja, do discurso racional (ALEXY, 1993, p. 60).

Uma argumentação racional tem por pressuposto o estabelecimento de regras objetivas nas quais o discurso se dará. Tais regras devem atender, em um juízo de otimização máxima, as duas seguintes

José Ribas Vieira é coordenador do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito da Universidade Gama Filho/RJ. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Montpellier-França. Doutor pela UFRJ em Direito.

Deilton Ribeiro Brasil é doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte-MG.

condições: a) devem possuir o conteúdo valorativo mais forte possível, excluindo outros juízos de valor com o fito de aumentar sua significação de decisão; b) devem ser o mais abstrato possível, a fim de obter ampla aceitação[1].

Com efeito, como observa Robert Alexy (2001), em qualquer forma de discurso jurídico são apresentados argumentos justificativos. Assim, qualquer pessoa que justifique algo está implicitamente exigindo que essa justificação seja correta e, portanto, que seja correta a afirmação. Não é permissível nos discursos jurídicos, e também nos discursos práticos gerais, afirmar algo e depois se negar a justificá-lo sem dar razões para isso (ALEXY, 2001, p. 213). Um outro forte argumento que aponta para a exigência de correção da decisão judicial é que ela, por expressa determinação constitucional, deve ser necessariamente justificada[2] sob a base do princípio da legalidade e da regra da lei[3].

Friedrich Müller insiste de modo incisivo em uma não-identidade entre norma e texto da norma. A partir dessa constatação, Müller expõe sua distinção entre âmbito da norma e programa da norma. Enquanto o segundo faz referência ao teor literal da norma, isto é, o texto propriamente dito, o primeiro é o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma *escolheu* para si no âmbito de regulamentação (MÜLLER, 2000, p. 57).

Uma norma carece de interpretação não só porque sua formulação lingüística não é unívoca[4], mas sobretudo porque ela tem de ser aplicada no caso. Muitas vezes, embora uma norma seja perfeitamente unívoca no papel, pode ser pouco clara no embate com certos casos limites. Tal ocorre pelo fato de que a norma jurídica não está pronta nem substancialmente concluída (MÜLLER, 2000, p. 62). Daí por que ser uma falsa oposição o confronto entre vontade da lei e vontade do legislador. Tanto as chamadas correntes subjetivistas quanto as objetivistas pressupõem a existência prévia de um sentido autônomo a ser reconstruído pelo intérprete. Como bem observa Müller, a simples futuridade dos casos coloca por terra essa noção voluntarista.

Para Friedrich Müller, depreendem-se ainda outras conseqüências para o emprego da idéia de pré-compreensão. Ele defende que haja, no seio da pré-compreensão geral ou ideológica que cerca os membros de uma determinada sociedade e atua em qualquer processo de compreensão, uma pré-compreensão jurídica, normativa, que possa ser controlada e delimitada racionalmente. Assim, a possível racionalidade do Direito aumentaria na proporção direta de uma crescente consciência dos pressupostos adotados pelos operadores jurídicos, abarcando conhecimentos relativos a diferentes concepções teóricas do Direito, nexos materiais e dados da experiência. A ciência jurídica deve tornar patentes seus pressupostos[5]. Isso, porém, não deve significar um apego a conceitos e valores prévios rigidamente fixados, mas sim a necessidade racional de um processo de diálogo em que o operador do Direito, a partir da consciência

[1] Sobre uma formulação de regras do discurso jurídico, Cf. Alexy (2001, p. 179-240).

[2] Art. 93, IX, da CF/88.

[3] Arts. 5º e 37 da CF/88.

[4] A esse respeito, são conhecidas as observações de Karl Larenz (1997, p. 282-285) sobre a necessidade da interpretação das normas, identificando a inadequação do brocardo *in claris non fit interpretatio* em função de as normas estarem expressas na linguagem ordinária, sendo esta naturalmente imprecisa e vaga.

[5] Eis o argumento de Friedrich Müller (2000, p. 65): a objetividade jurídica não pode alegar defrontar-se com a prescrição e o caso sem "pressupostos". Tais pressupostos já são dados com a linguagem que abrange tanto as prescrições jurídicas quanto os intérpretes. Eles atuam, igualmente, como conhecimento de nexos materiais, de dados da experiência e, sobretudo, como posições, esforços e teores materiais de teoria jurídica, de teoria do Estado, de teoria constitucional, de dogmática e de teoria do direito e da constituição; por conseguinte, como forças motivadoras preexistentes à concretização individual. A ciência jurídica deve, não em último lugar, verificar nesse sentido os seus pressupostos, diferenciá-los e expô-los sem falseamento e embelezamento em termos de método.

clara dos pressupostos pertinentes ao seu sistema jurídico, possibilite, no embate com novos elementos e valores, a transformação daqueles de maneira fundamentada.

Em Richard Posner (2007, p. 401), temos que a justeza da interpretação depende do objetivo do tipo específico de interpretação, o que talvez explique, por exemplo, por que a interpretação musical não é uma analogia útil à interpretação das leis. Mas não existe consenso sobre qual seja o objetivo da interpretação das leis ou constitucional. Talvez haja vários objetivos – fidelidade à intenção dos autores do texto constitucional, certeza, coerência, bons resultados do ponto de vista pragmático. São objetivos afins, mas intérpretes diferentes irão atribuir-lhes pesos diferentes[6].

O texto não é apenas uma fonte de informações sobre as conseqüências das interpretações *alternativas*; entre as conseqüências a serem consideradas, há também o impacto que as aplicações legais imprevisíveis vão ter sobre a comunicação entre o poder legislativo e o Tribunal. Normalmente, na verdade, se é possível reconhecer a intenção comunicativa ou o propósito legislativo – em outras palavras, se a reconstrução imaginativa funciona –, isso representará o fim do caso (POSNER, 2007, p. 402).

Essa função interventiva do Supremo Tribunal Federal visando não apenas defender, mas promover os direitos assegurados na Constituição, implica a superação da função judicial na sua concepção clássica de legislador negativo e o reconhecimento de uma atuação positiva, embora não tão ampla como a do Poder Legislativo, na criação do direito (SILVA, 2005, p. 98), tal como se pode depreender do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45/DF e na construção pretoriana que reforça o alcance de suas decisões (a decisão em RExt valendo *erga omnes* e vinculativamente).

2. *Fundamentos doutrinários do Efeito Vinculante*

Como a Constituição Federal coloca em seu vértice maior o Supremo Tribunal Federal, ao poder de criação do direito deve ser reconhecida maior autoridade e, portanto, o poder de vincular[7] os Tribunais inferiores, conforme entendimento defendido no voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na RCL 2126/SP (BRASIL, 2002) em que se consagrou que a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros.

Por seu turno, no Agravo Regimental na RCL 2143-2/SP (BRASIL, 2003), o Ministro Relator Celso de Mello prelecionou em seu

[6] Para Hans Georg Gadamer (1978, p. 315, 313), o intérprete não é um ser isolado, pois aceita e comunga da existência dos outros. Sua verdade não é uma verdade isolada, mas compartilhada, porque só faz sentido com a aceitação dos outros, com quem compartilha uma vida social. E numa visão positiva, não cética, acredita que, a despeito de todos os possíveis mal-entendidos, as pessoas buscam o consenso.

[7] O efeito vinculante não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A Emenda Constitucional nº 7, de 1977, previa que, *a partir da data da publicação da ementa do acórdão no Diário Oficial da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante, implicando sua não-observação negativa de vigência do texto interpretado*. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao disciplinar a representação interpretativa, no seu art. 187, estabelecia que, *a partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário de Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos* (MENDES, 1999, p. 457-458). A doutrina ainda registra que a idéia da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante surgiu, pela primeira vez, por meio de projeto elaborado por Haroldo Valadão e encaminhado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros ao Constituinte de 1946, pretendendo-se, aí, que da interpretação da lei fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, se tomasse assento de observância obrigatória pelos Tribunais e juízes pátrios. Ressurgiu, posteriormente, em 1963, no anteprojeto de Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas, de autoria do mesmo professor, ainda inexitosamente. E também esteve presente o tema, como objeto do anteprojeto de Código de Processo Civil de Alfredo Buzaid, em 1964, pelo qual praticamente restabeleciam-se os Assentos, ao feitio daqueles da Casa de Suplicação, vigentes à época das Ordenações do Reino.

voto que as decisões consubstanciadas de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme a Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos (*erga omnes*) e possuem efeito vinculante em relação a todos magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública Federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em conseqüência, a necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidade jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo.

De igual sorte, na RCL 1987-0/DF (BRASIL, 2004a), o Ministro Relator Maurício Correa em seu voto ratificou esse entendimento ao afirmar que se revela de fundamental importância o resguardo à eficácia das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo inadmissível a desobediência perpetrada contra a exegese constitucional, consagrada em seus julgados, mesmo naquelas hipóteses em que a violação ocorre de forma oblíqua.

Na Questão de Ordem em RCL 4219-7/SP (BRASIL, 2004), em seu voto-vista, o Ministro Eros Grau pondera que, ao se decidir definitivamente o mérito da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal produz uma norma de decisão e não um texto normativo. Essa norma é aplicada a todos, indistintamente. É a própria norma de decisão que se aplica a todos, a todos vinculando. É a interpretação conferida pelo Supremo à Constituição – além do seu juízo de constitucionalidade sobre certo texto normativo infraconstitucional –, que, nos termos do disposto no § 2º do art. 102, produz eficácia contra todos e efeito vinculante.

Para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (1966, p. 222), oportunidade para interpretação conforme a constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a Constituição. Por isso que, nessas situações em que a norma não permite a extração de um sentido unívoco, cabe ao tribunal extrair das possíveis cambiantes interpretações o sentido da norma que a coloque em consonância com o texto maior, ao tempo em que exclui todas as outras interpretações que conduziriam a um resultado dissonante da vontade constitucional.

Assim o efeito vinculante, ao implicar que os Tribunais inferiores julguem de conformidade com o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, coarcta a possibilidade de tratamento desigual para situações semelhantes, garantindo uniformidade, regularidade, segurança jurídica, eficiência e transparência nas decisões judiciais (MACEY, 1989).

Dessa maneira, chegou-se à conclusão, no voto do Ministro Paulo Brossard proferido em questão de ordem de ADC nº 1-1/DF, que:

> "Quanto ao (...) efeito vinculante, creio que é uma medida de utilidade (...), porque, por essa ou aquela razão, acontece entre nós o que não acontece em outros países de diferente tradição histórica e jurídica, em que uma decisão de Tribunal Superior, não pela lei, mas pela teoria do *stare decisis*, se faz respeitável e respeitada. Não há lei que determine o respeito a um acórdão da Suprema Corte; respeita-se porque é da Suprema Corte. Entre nós, por essa ou aquela razão, durante decênios se controverte sobre um tema, não chega a termo o dissenso. (...) É possível arrolar mil

decisões num sentido e mil e uma em sentido inverso. Ora, isto não pode continuar indefinidamente. O princípio da utilidade tem de se fazer sentir, ainda que isto importe, aqui ou ali, em certas situações menos confortáveis... É um princípio de utilidade jurídica, social, política, utilidade no seu sentido mais amplo".

Importante ressaltar que, já no voto do Agravo Regimental na RCL 1880-6/SP (BRASIL, 2004b), o Ministro Gilmar Ferreira Mendes procura delinear os fundamentos da construção do efeito vinculante como uma ferramenta do ativismo judicial utilizada pelo Supremo Tribunal Federal:

> "(...) que o efeito vinculante da decisão está intimamente vinculado, este é um ponto importante, a meu ver à própria natureza da jurisdição constitucional, em dado estado democrático, e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário não está impedido de atribuir essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias proferidas pela Corte, como foi reconhecido, inclusive, no caso da ADPF.
>
> (...) Na verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte, ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais. Foi exatamente esse o entendimento que imperou na Alemanha. O efeito vinculante não está previsto na Constituição, ao contrário da 'força da lei' (Gesetzeskraft) ou da chamada 'eficácia *erga omnes*'. Não obstante, o efeito vinculante foi imposto por lei. É exatamente hoje a força determinante até mesmo em julgados não dotados de eficácia *erga omnes*. Esse foi o entendimento adotado por este Tribunal na Ação Declaratória nº 04, ao reconhecer efeito vinculante à decisão proferida em sede de cautelar, a despeito do silêncio do texto constitucional e da ausência à época de disposição legal sobre o texto".

Importante refrisar que a noticiada ADC-MC-4/DF (BRASIL, 1999) teve como Relator o Ministro Sydney Sanches, em que asseverou que nas decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, demonstrando dessa maneira a preocupação com a construção pretoriana da eficácia vinculante.

Entendeu-se admissível que o Tribunal passasse a exercer, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o poder cautelar que lhe é inerente, *enfatizando-se que a prática da jurisdição cautelar acha-se essencialmente vocacionada a conferir tutela efetiva e garantia plena ao resultado que deverá emanar da decisão final a ser proferida naquele processo objetivo de controle abstrato* (BRASIL, 1999).

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello ponderou que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao deferir o pedido de medida cautelar na ADC-MC-4/DF (BRASIL, 1999), expressamente atribuiu, à sua decisão, eficácia vinculante e subordinante, com todas as conseqüências jurídicas daí decorrentes (MENDES, 2007, p. 199-200).

O Supremo Tribunal Federal, ao conceder o provimento cautelar requerido na ADC-MC-4/DF (BRASIL, 1999), proferiu, por maioria de nove votos a dois, a seguinte decisão:

> "O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até

final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiam".

Ainda no voto prolatado na ADC-MC-4/DF (BRASIL, 1999) pelo Ministro Celso de Mello, o *decisum* proferido pelo Supremo Tribunal Federal teria o seguinte significado doutrinário:

> "(a) incide, unicamente, sobre pedidos de tutela antecipada, formulados contra a Fazenda Pública, que tenham por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da lei nº 9494/97;
> (b) inibe a prolação, por qualquer juiz ou Tribunal, de ato decisório sobre o pedido de antecipação de tutela, que, deduzido contra a Fazenda Pública, tenha por pressuposto a questão específica da constitucionalidade, ou não, da norma inscrita no art. 1º da lei nº 9.494/97;
> (c) não se aplica retroativamente aos efeitos já consumados (como os pagamentos já efetuados) decorrentes de decisões antecipatórias de tutela anteriormente proferidas;
> (d) estende-se às antecipações de tutela, ainda não executadas, qualquer que tenha sido o momento da prolação do respectivo ato decisório;
> (e) suspende a execução dos efeitos futuros, relativos a prestações pecuniárias de trato sucessivo, emergentes de decisões antecipatórias que precederam ao julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do pedido de medida cautelar formulado na ADC-MC 4/DF".

Gilmar Ferreira Mendes, comentando a respeito da ADC-MC-4/DF (BRASIL, 1999), acrescenta ainda que o entendimento do Tribunal no que tange a decisão concessiva da cautelar afetava não apenas os pedidos de tutela antecipada ainda não decididos, mas todo e qualquer efeito futuro da decisão proferida nesse tipo de procedimento. Em outros termos, o Poder Público Federal ficava desobrigado de observar as decisões judiciais concessivas de tutela fundadas na eventual inconstitucionalidade da Lei nº 9.494/97, a partir da data da decisão concessiva da cautelar em ação declaratória, independentemente de a decisão judicial singular ter sido proferida em período anterior. E, mais, que, em caso de não-observância por parte dos órgãos jurisdicionais ordinários, o remédio adequado haveria de ser a reclamação (MENDES, 2007, p. 201).

3. Desfecho final

A concepção de efeito vinculante recepcionada pela Emenda nº 3/93 (MENDES, 2007, passim) é a de que são vinculantes as decisões capazes de passar em julgado. Tal como a coisa julgada, o efeito vinculante refere-se ao momento da decisão. Alterações posteriores não são alcançadas. O grande problema diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante referente à parcela da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Ou melhor, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força da lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações acessórias, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta*[8].

[8] O conceito de *obiter dicta, dictum* está ligado ao conceito de *holding,* que é a regra ou princípio

Enquanto, em relação à coisa julgada e à força de lei, há de se limitar à parte dispositiva da decisão, o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão transcendendo o caso singular, de modo que os princípios emanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

Temos então que a coisa julgada ultrapassa os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo também a norma decisória concreta, que nada mais seria do que aquela idéia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes.

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

Mas então surge a seguinte indagação: essa vinculatividade poderia vincular ou não o próprio STF? Ao que tudo parece, a Emenda nº 3/93 faz expressa referência ao efeito vinculante em relação *aos demais órgãos do Poder Judiciário*, excluindo, desse modo, o Supremo Tribunal Federal de uma autovinculação aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior.

E quanto ao Poder Legislativo? Enfrentando essa questão no Agravo Regimental na RCL 2617-5/MG (BRASIL, 2005), o Ministro Relator Cezar Peluso assim se posicionou:

> "É clara a Constituição da República no limitar a extensão dos efeitos vinculantes da decisão definitiva de mérito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (art. 102, § 2º), enquanto eficácia que deve atribuída, por idênticas razões, à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade, a qual tem igual caráter dúplice, posto que com sinal trocado.
>
> É o que, aliás, confirma a Lei nº 9.868/99, no art. 28, § único:
>
> 'Art. 28. (...)
>
> Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal'".
>
> Está visto, pois, que nosso ordenamento não estendeu ao legislador os efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade.
>
> Nem se pode tirar coisa diversa à só previsão da eficácia *erga omnes*. Já se

---

enunciado pelo juiz em um determinado caso que era necessário para a resolução da questão. Assim, toda e qualquer regra elaborada pela Corte que não era necessária para a solução da questão é considerada *dicta, dictum*. Considerando que as Cortes podem criar regras de direito, mas com a limitação de que elas devem estar relacionadas com os fatos postos sob adjudicação, esse poder está confinado pelas necessidades das controvérsias que lhe são submetidas para decisão. Os *obiter dictum*, portanto, são aquelas considerações jurídicas elaboradas pelo Tribunal não relacionadas com o caso, embora as considerem desnecessárias para justificar a decisão proferida. São pronunciamentos que se afastam do princípio justificador daquela decisão. A partir do momento que dele se afastam, o Tribunal passa a falar *extrajudicialmente* e nenhuma opinião que possa expressar é considerada vinculante (SILVA, 2005, p. 184-185).

demonstrou alhures, com abundância de argumentos, que, como fruto de exegese de textos similares ou análogos, a proibição de reprodução de norma idêntica à que foi declarada inconstitucional não pode inspirar-se nalgum princípio processual geral que iniba renovação do comportamento subjacente a ato concreto anulado ou tido por ilegal, o que, sob a autoridade da *res iudicata*, conviria apenas a processos de índole subjetiva. Ademais, o postulado da segurança jurídica acabaria, contra uma correta interpretação constitucional sistemático-teleológica, sacrificando, em relação às leis futuras, a própria justiça da decisão. Por outro lado, tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. E, como razão de não menor tomo, a proibição erigiria mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição:

'A conseqüência é particularmente grave: as constituições, enquanto planos normativos voltados para o futuro, não podem de maneira nenhuma perder a sua flexibilidade e abertura. Naturalmente e na medida do possível, convém salvaguardar a continuidade dos *standards* jurisprudenciais: alterações de rota, decisões *overruling* demasiado repentinas e brutais contrastam com a própria noção de jurisdição. A percepção da continuidade como um valor não deve, porém, significar uma visão petrificada da jurisprudência ou uma indisponibilidade dos tribunais para atender às solicitações provenientes do ambiente'.

É o que se reconhece entre nós. Invocando a respeito à orientação da Corte (ADI nº 907, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, RTJ 150/726, e ADI nº 864, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 151/416), adverte-se:

'Também o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao texto anteriormente censurado...

Ao contrário do estabelecido na proposta original que se referia à vinculação dos órgãos e agentes públicos, o efeito vinculante consagrado na Emenda nº 3, de 1993, ficou reduzido, no plano subjetivo, aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os Tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência'".

Importante destacar, ainda, no voto do Ministro Cezar Peluso no Agravo Regimental na RCL 2617-5/MG (BRASIL, 2005), para fins didáticos, a nomenclatura utilizada de "decisões *overruling*", que diz respeito à invalidação da doutrina vinculante. Classicamente o *overruling* tem sido entendido não como uma mudança no direito estabelecido, mas como a correção de um erro, ou melhor, nada mais é do que uma decisão que cria (ou da qual emerge) uma regra que invalida outra regra anteriormente firmada; embora aparentemente pareça ser uma decisão radicalmente revolucionária, a mudança não é, no final das contas, *totalmente revolucionária, pois é feita por oficiais dentro do sistema que têm autoridade para decidir casos de acordo com a razão* (BENDITT, 1987, p. 102). Assim, como processo decisório, a decisão que invalida um princípio anteriormente firmado é comparável à decisão que firmou o referido princípio e, portanto, como outras formas de decisão, é governada por

princípios institucionais (Cf. SILVA, 2005, p. 266-267).

Referências

ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: _____ . *Derecho y razón prática*. Mexico: Distribuiciones Fontamara, 1993.

_____ . *Teoria da argumentação jurídica.* São Paulo: Landy, 2001.

BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. In: _____ . *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 4/DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 27 nov. 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 maio 1999.

_____ . _____ . Reclamação n. 4219-7/SP. Relator: Min. Joaquim Barbosa. São Paulo, 22 mar. 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 7 mar. 2007.

_____ . _____ . Reclamação n. 1987-0/DF. Relator: Min. Maurício Correa. Brasília, 27 nov. 2001. *Diário da Justiça,* Brasília, 21 maio 2004a.

_____ . _____ . Reclamação n. 2126/SP. Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo, 6 ago. 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 ago. 2002.

_____ . _____ . Reclamação n. 2143-2/Sp. Relator: Min. Celso de Mello. São Paulo, 28 ago. 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 6 jun. 2003.

_____ . _____ . Reclamação n. 2617-5/MG. Relator: Min. Cezar Peluso. Minas Gerais, 26 abr. 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 26 fev. 2005.

_____ . _____ . Reclamação n. 1880-6/SP. Relator: Min. Marco Aurelio. São Paulo, 4 jul. 2001. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 mar. 2004b.

GADAMER, Hans-Georg. La hermenéutica como tarea teórica y prática. In: _____ . *Verdad y método II*. Salamanca: Sígueme, 1978.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MACEY, R. Jonathan. The internal and external costs and benefits of stare decisis. *Chicago Law Review*, Chicago, v. 65, n. 93, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental:* comentários à lei 9882 de 3-12-1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____ . *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____ . *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: C. Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: M. Limonad, 2000.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2007.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante:* sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____ . *Interpretação constitucional operativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.