



(In)segurança jurídica nos julgados do Supremo Tribunal Federal

A mais que secular tradição constitucional brasileira do controle judicial foi construída com base no modelo difuso (norte-americano), não obstante o controle concentrado tenha se firmado como principal instrumento de fiscalização da constitucionalidade. A ambivalência das formas de fiscalização da constitucionalidade, no sistema brasileiro, tem, não raro, gerado certas contradições, comprometendo valores caros à Constituição.

Na história do Supremo Tribunal Federal, inclusive na do Supremo Tribunal de Justiça do Império, que alguns julgam seu antecessor, uma permanência dentre tantas remanesce: a questão dos limites subjetivos dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. É sabido que o Projeto de Constituição, encaminhado à Constituinte de 1890-1891, foi previamente revisado por Ruy Barbosa, que, à época um dos ministros do Governo Provisório, adicionou uma cláusula com o objetivo de introduzir o princípio da *stare decisis* no sistema constitucional brasileiro[1]. A iniciativa de tentar atribuir alguma transcendência às decisões do STF acabou obstada por força dos trabalhos da “Comissão Especial dos 21”, criada no seio da constituinte para avaliar o mérito do projeto de constituição do governo. Predominou, na Comissão dos 21, talvez muito influenciada pelo lente da Faculdade de Direito do Recife e futuro ministro do STF, professor José Hygino Duarte Pereira, o receio de que o STF se tornasse um órgão submisso ao Executivo, e, por consequência, por meio da vinculação obrigatória dos tribunais, todo o Judiciário fosse cooptado pelo Executivo.

A questão não se encerrou naquele momento, tendo sido reproposta em vários outros momentos, a exemplo da Constituinte de 1933-1934, e permanece gerando dificuldades e incertezas até a presente data, mesmo quando, em 1965, foi recepcionada a tradição europeia de controle concentrado/abstrato na ordem jurídica brasileira.

É inegável que um dos principais valores que devem impregnar o Direito e sua função de ordenação da sociedade gira em torno da segurança jurídica, sobretudo diante da complexidade que marca a sociedade moderna na qual diversas expectativas conflitantes se apresentam. O Direito deve, nesse ambiente plural e diversificado, onde muitas possibilidades em princípio parecem válidas, selecionar e positivar as expectativas que poderão determinar vinculativamente o comportamento dos membros da sociedade. De tal modo, o Direito realiza a noção de segurança jurídica, já que propicia um mínimo de certeza, previsibilidade e eficácia da norma jurídica[2].

Juízes e tribunais, por sua vez, têm um papel ainda mais delicado, pois se a positivação do direito já oferece um ato de violência simbólica, afinal, estabelecer válida uma norma constitui normalmente uma dentre várias alternativas legislativas, do direito positivado, daquele de cujos dogmas o jurista não pode se afastar, como diria Marcelo Neves, subsiste o problema crucial da interpretação: “Delimitar as fronteiras”[3]. Para Neves, também o texto, especialmente a Constituição, oferece uma séria de expectativas interpretativas, cabendo ao tribunal selecionar aquela consistente com o ordenamento jurídico e, por conseguinte, reduzir a própria complexidade inerente ao sistema jurídico.

Em sede do HC 152.752, em que o STF julgou se o ex-presidente Lula poderia ou não ter iniciado o cumprimento da pena em face de decisão condenatória pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região,



sem trânsito em julgado, embora ainda seja precipitada a análise das diversas repercussões constitucionais de que se reveste, mostrou a imensa dificuldade do STF[4] de exercer a primordial função estatal da jurisdição, precisamente a de promover a pacificação (social, política e jurídica)[5]. Ainda que tenha proferido decisão no HC 152.752, denegando a concessão da ordem requerida pelo impetrante, com base em decisões anteriores do próprio STF, a decisão parece poder ser a qualquer momento modificável sem a observação de quaisquer condicionantes temporais ou mesmo procedimentais.

Nesse contexto, entre tantos outros, um ponto chama a atenção.

O primeiro aspecto diz respeito à obra de Francisco Fernandes Segado[6], em que analisou a obsolescência da clássica polaridade entre os sistemas norte-americano e europeu, mencionada pelo ministro Gilmar Mendes. A certa altura de seu voto, o ministro perguntou qual seria a diferença (ontológica) entre o STF afirmar que o cumprimento provisório da pena é inconstitucional em sede de controle difuso ou em sede de controle concentrado. Tenta-se responder.

O sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é o misto. Aqui se acolheu tanto o modelo difuso (americano) quanto o concentrado (austríaco). Nessa configuração, três principais características apartam cada um desses sistemas[7].

A primeira é que o controle difuso realiza-se a partir de um caso concreto, em que os interesses das partes envolvidas conflitam. Já o concentrado é exercido em abstrato, sem qualquer interesse subjetivo em jogo, independentemente de um suporte fático.

Em consequência, o que configura a segunda característica, o efeito da decisão no primeiro limita-se às partes litigantes, enquanto no último abrange todos os destinatários da norma (eficácia geral e contra todos e vinculante, *erga omnes*), equiparando-se o tribunal a um “legislador negativo”, conforme se tem tradicionalmente denominado[8].

A terceira, por fim, é que o controle abstrato, exercido por via de ação, é concentrado em um único órgão, qual seja, o Supremo Tribunal Federal. Já o difuso é continuamente exercitado por todos os juízes e tribunais, não obstante, em regra, alcance seu termo final no próprio STF, através da competência extraordinária para conhecer de questões que contrariem dispositivos constitucionais.

A tese de Segado, perfilhada por vezes pelo STF[9], parece fazer sentido, isto é, o argumento da convergência dos sistemas europeu e norte-americano faz com que se valha mais a pena insistir no fim da ambivalência, sobretudo no Brasil em que se assiste a uma crescente “concentração” e “abstrativização” do controle.

A Constituição da República de 1988, nesse contexto, deu importante passo ao consagrar amplo rol de legitimados para propor ação direta, retirando-se a legitimidade exclusiva do procurador-geral da República antes estabelecida. Posteriormente, promulgou-se a Emenda Constitucional 3, de 1993, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, cuja decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos do Judiciário e do Executivo.

Com a edição da Lei 9.868, de 1999, que regulamenta os procedimentos das ações diretas de controle de



constitucionalidade, e da Lei 9.882, de 1999, que disciplina o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, novo passo fora alçado. Também, as normas do Código de Processo Civil, que conferem ao relator o poder de monocraticamente dar ou negar provimento a recurso com base na jurisprudência dos tribunais superiores (por exemplo Lei 9756, de 1998), são potenciais contribuintes à monopolização do controle pelo Supremo Tribunal Federal. E, mais recentemente, com a Emenda Constitucional 45, de 2004, que instituiu a súmula vinculante e a repercussão geral das questões constitucionais como condição de admissibilidade do recurso extraordinário.

Portanto, a questão da convergência entre os sistemas de controle, trazida pelo ministro Gilmar Mendes, pode ser invertida nos seguintes termos: se o STF já proferiu diversas decisões, por seu Pleno e turmas, tanto em sede de controle difuso (HC diversos e, em particular, no ARE 964.246 RG/SP, rel. min. Teori Zavascki, j. 10/11/2016, Pleno) quanto em sede de controle concentrado (ADC 43 MC/DF, rel. min. Edson Fachin, j. 5/10/2016, Pleno), como explicar que ministros não vislumbrem inexistir ainda qualquer vinculação e, por conseguinte, possam decidir monocraticamente em sentido diverso? Por que se esperar o julgamento definitivo em sede abstrata quando, em realidade, a questão de fundo já foi reiterada em diversos julgamentos anteriores, inclusive em sede abstrata?

Nesse sentido, vale a pena recordar a reflexão de Mark Von Hoecke^[10], que destaca o potencial comunicativo da jurisdição constitucional, o que confere legitimidade ao controle de constitucionalidade em termos de democracia deliberativa. Em sua visão, a função do controle é adaptar e mudar o conteúdo das leis, em face das naturais limitações do legislador, que não pode antever todos os possíveis contextos de sua aplicação. No decurso do procedimento judicial, é desenvolvida a comunicação deliberativa que, a depender do conteúdo das questões em discussão, atinge diversos círculos comunicativos de crescente abrangência.

Destarte, se há a convergência dos modelos, deve-se refletir por que não, em certas condições, a decisão em sede de controle difuso, especialmente considerando a sistemática da repercussão geral, não tornar prejudicada a apreciação de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado. Isso é o que, de certa forma, ficou omitido nos debates.

É necessário, pois, frisar que uma das mais importantes condições de legitimidade da própria jurisdição constitucional é o respeito — pelo próprio tribunal — aos seus precedentes. Se nem isso o STF tem conseguindo realizar, será difícil que, em seu mister judicante, consiga alcançar sua função maior de pacificação social.

Já se disse que o STF é infalível não porque ele não erre, mas porque ele erra por último. Recentemente, no HC 126.292/SP, o ministro Fachin lembrava: “Não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra”. Dentro dessa mesma compreensão, na ADI 2.223 MC/DF, o ministro Nelson Jobim recordou: “Quero lembrar o seguinte: somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último”. Pois, da forma em que anda a julgar o STF, nem mais a capacidade de errar por último ele tem conseguido exercer.



- [1] Ao artigo 34 do projeto, Ruy Barbosa ofereceu a seguinte emenda: “Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) § 18. Criar tribunais subordinados ao Supremo Tribunal Federal”. Cf. BARBOSA, Rui. A Constituição de 1891. In: *Obras Completas de Ruy Barbosa*. Vol. XVII. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946, p. 40.
- [2] Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 140-141.
- [3] Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 207.
- [4] Foge completamente ao objeto deste texto adentrar no debate acerca do início ou não do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, que pode ser exposto de modo muitíssimo resumido nos seguintes termos: (a) decorre ou não do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal a vedação ao início do cumprimento da condenação penal antes do trânsito em julgado; (b) considerando que não decorre diretamente do texto constitucional, teria ou não o legislador ordinário mediado a questão, trazendo no artigo 283 do CPP o rol exaustivo das hipóteses de prisão. Ressalte-se ser extremamente sugestiva uma pesquisa sobre os diversos pronunciamentos do STF sobre a matéria desde a égide da Constituição de 1946.
- [5] Cf. CINTRA, A. C. de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30-31.
- [6] Cf. SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2004, p. 25 e ss.
- [7] Cf. CONTINENTINO, Marcelo. Casseb. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008, p. 157 e ss.
- [8] Cf. KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la constitución?* Trad. Roberto J. Brie. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 27-42.
- [9] Vide o julgamento do HC 82.959/SP (rel. Marco Aurélio, j. 23/2/2006) sobre progressão do regime da pena no caso dos crimes hediondos. E, também, o RE 197.917/SP – “Caso Mira Estrela”, em que o STF determinou a aplicação do artigo 27 da Lei 9.868, de 1999, para modular efeitos no âmbito do controle difuso incidental.
- [10] Cf. HOECKE, Mark Von. *Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation*. Ratio Juris: Vol. 14, n. 4, December, 2001, p. 420-423. O processo judicial — em que as partes desenvolvem argumentos, produzem provas e colhem informações — é processo de comunicação, o qual culminará com a sentença (primeiro círculo comunicativo). Só que as partes, vendo-se insatisfeitas, recorrem ao tribunal superior, que apreciará, fundamentadamente, os argumentos delas e do juiz *a quo*, além dos próprios precedentes do tribunal e de outros órgãos, executando verdadeira justificação pública que é parte inerente da legitimação comunicativa (segundo círculo comunicativo). Considerada a relevância do caso, será publicizado, ou seja, divulgado pelos meios de informação. A divulgação pública suscitará o pronunciamento dos acadêmicos e autoridades envolvidas que emitirão pareceres e opiniões cujas razões serão tomadas em conta nas novas decisões das cortes (terceiro círculo comunicativo). Em crescente grau de interesse, a mídia poderá conferir-lhe, ainda, maior grau de notoriedade e publicidade, o que gerará “mesas redondas”, painéis, audiências (formais ou informais) para discussão da questão (quarto círculo comunicativo). Nesse passo, se o interesse em discussão abranger questões fundamentalmente éticas ou políticas (como aborto, eutanásia, racismo etc.), angariará a larga participação dos cidadãos na determinação do conteúdo da lei, atingindo o quinto e último círculo



comunicativo. Essas esferas do processo comunicativo criam diferentes, e sempre mais amplos, círculos de política deliberativa, o que confere legitimidade democrática ao controle de constitucionalidade.

Date Created

14/04/2018