

# DEMOCRACIA, O AUDITÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O EFEITO VINCULANTE DE SUAS DECISÕES\*

Victor Roberto Corrêa de Souza\*\*

RESUMO: O presente trabalho trata da identificação do auditório do Supremo Tribunal Federal (STF), com base na teoria da argumentação de Chaim Perelman, e da caracterização das normas jurídicas produzidas pelo Supremo nos julgamentos dos processos constitucionais de sua competência, com eficácia geral, comprovadas através da maior utilização da reclamação constitucional para exigência do cumprimento dessas decisões. Analisa o grau de judicialização em que se encontra a sociedade brasileira e o incremento das decisões com efeitos vinculantes *erga omnes* do STF. Estuda formas de ensejar maior abertura e participação democrática, em especial através dos *amici curiae* e da redução de discricionariedade judicial nos processos constitucionais cujas decisões possuam efeitos vinculantes, sob a ótica da interpretação constitucional de Peter Häberle e Konrad Hesse.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Legitimidade. Judicialização. Normas judiciais. Súmulas vinculantes. Sociedade civil. Participação.

## Introdução

O objetivo do presente estudo é identificar qual é o *auditório* a que se destinam as argumentações desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal, especificamente no que atine às decisões da corte com efeitos vinculantes, decisões que visam a verificar a eficácia de tais expedientes normativos do Pretório Excelso, bem como a validade de sua fundamentação.

Após analisar a evolução das decisões do STF que têm este perfil vinculante *erga omnes*, com a demonstração de como determinadas decisões que vinculavam apenas as partes do processo passaram a vincular toda a sociedade e a ensejar, para seu cumprimento, o manejo de institutos coercitivos como a reclamação, buscar-se-ão os mecanismos jurídicos que demonstram e ensejam a necessária legitimidade dessas decisões, sob uma perspectiva de democracia participativa e de interpretação constitucional aberta à sociedade, com redução da discricionariedade da corte constitucional no controle dessa participação.

## 2 Decisões judiciais e normas jurídicas

As decisões judiciais são raciocínios argumentativos de natureza dialética cuja conclusão é sempre proveniente de uma controvérsia com argumentos parciais e distintos igualmente possíveis; diferentemente dos raciocínios analíticos, nos quais a conclusão é necessária. Nesse sentido, a validade da fundamentação de qualquer decisão judicial variará conforme a racionalidade dos argumentos expendidos, de modo que,

---

\* Enviado em 28/5, aprovado em 5/12/2012, aceito em 18/3/2013.

\*\* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa - Universidade Federal Fluminense; juiz federal. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Niterói, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: victor\_souzarj@yahoo.com.br.

quanto mais a fundamentação da decisão obtiver a adesão (ou aceitação) por parte dos cidadãos a que se dirige (auditório), mais racionalmente válida ela será, e maior será a aproximação com o nível de segurança jurídica e paz social que se deseja em uma sociedade, pois é sempre em função de um auditório que qualquer argumentação se desenvolve (PERELMAN, 2005, p. 6).

Vale grifar que não se trata de um conceito literal de auditório, em que há um conjunto definido de pessoas que estão a ouvir um determinado orador, pois:

Todo discurso se dirige a um auditório, sendo muito frequente esquecer que se dá o mesmo com todo escrito. Enquanto o discurso é concebido em função direta do auditório, a ausência material de leitores pode levar o escritor a crer que está sozinho no mundo, conquanto, na verdade, seu texto seja sempre condicionado, consciente ou inconscientemente, por aqueles a quem pretende dirigir-se. (PERELMAN, 2005, p. 7)

Robert Alexy, analisando a teoria da argumentação de Perelman, afirma:

O conceito básico da teoria de Perelman é o de auditório (*auditoire*). Este é o conjunto daqueles sobre os quais o orador quer influir por meio de sua argumentação. Para determinar o auditório ao qual se dirige um orador, é necessário conhecer as intenções deste. Assim, o auditório de um orador no parlamento pode ser sua fração, o parlamento ou todo o povo. A finalidade de toda argumentação é alcançar ou fortalecer a adesão do auditório. (ALEXY, 2011, p. 159)

A ilustração feita por Alexy refere-se a um orador parlamentar, mas pode ser remetida sem dificuldades ao Supremo Tribunal Federal. Os membros do STF, ao fundamentar suas decisões nos termos do art. 93, inciso IX, da CF, também estão produzindo argumentação jurídica perante seu *auditório*, principalmente se for levado em conta que a decisão terá efeitos vinculantes. Assim, seu *auditório* será sempre a sociedade civil inteira, e não apenas as partes do processo constitucional.

A compreensão do *auditório*, inclusive, passa necessariamente pela identificação das decisões vinculantes com as fundamentações delineadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista possível incoerência sistêmica causada pela violação ao princípio da unidade do Poder Judiciário. A esse respeito, Perelman já vaticinava:

Pareto observou admiravelmente, em páginas penetrantes, que o consentimento universal invocado o mais das vezes não passa da generalização ilegítima de uma intuição particular. É por esta razão que é sempre temerário identificar com a lógica a argumentação para uso do auditório universal, tal como a própria pessoa o concebeu. As concepções que os homens criaram no curso da história dos “fatos objetivos” ou das “verdades evidentes” variaram o bastante para que nos mostremos desconfiados a esse respeito. Em vez de se crer na existência de um auditório universal, análogo ao espírito divino que tem de dar seu consentimento à “verdade”, poder-se-ia, com mais razão, caracterizar cada orador pela imagem que ele próprio forma do auditório universal que busca conquistar para suas opiniões. O auditório universal é constituído por cada qual a partir do que sabe de seus semelhantes, de modo a transcender as poucas oposições de que tem consciência. Assim, cada cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal, e o estudo dessas variações seria muito instrutivo, pois nos faria conhecer o que

os homens consideraram, no decorrer da história, real, verdadeiro e objetivamente válido. (PERELMAN, 2005, p. 36-37)

Essa abertura às demais fundamentações realizadas pelos órgãos do Poder Judiciário faz-se ainda mais importante se observado que, das duas técnicas argumentativas de flexibilização da teoria dos precedentes mais utilizadas - o *overruling* (reconhecimento de superação do precedente) e o *distinguishing* (desidentificação do caso concreto em relação ao precedente) -, os juízes singulares, em contato direto com o cidadão que busca uma resposta do Poder Judiciário, somente podem fazer uso da desidentificação (o que pode levar inclusive a uma mutação constitucional do precedente). Erik Navarro Wolkart comunga desse entendimento:

No Brasil, portanto, só a mais alta Corte do país - aquela que detém legitimidade exclusiva para criar o precedente vinculante - é quem poderá operar o *overruling*, sempre de forma explícita. Desse modo, o *overruling* não é técnica acessível às demais instâncias do poder judiciário para o afastamento de precedentes. Já o *distinguishing* parece estar à disposição dos nossos juízes, para, no caso concreto, afastar a aplicação do precedente sumulado. Naturalmente, tal postura é restrita a circunstâncias muito especiais. O juiz reconhece a existência do precedente, mas, identificando peculiaridades da causa sob julgamento, adapta a regra, sem abandoná-la por completo. (WOLKART, 2012, p. 295-296)

Assim posto, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da interpretação constitucional levada a efeito na fundamentação de suas decisões, deve estar atento a seu auditório, já que a ele está condicionado; bem como tem o dever de zelar pela coerência sistêmica do Poder Judiciário, necessária à segurança jurídica, ínsita ao Estado democrático de direito.

É importante notar que a eficácia das decisões judiciais não é mais restrita às partes e ao objeto específico de uma lide individual: transcende os limites subjetivos usuais do processo e atinge a sociedade inteira, o que é observado pela maior quantidade de casos nos quais as decisões do Supremo Tribunal Federal passam a ter efeitos vinculantes perante toda a sociedade. Isso se confirma pela possibilidade do manejo de ações como a reclamação, para o cumprimento e respeito dessas decisões por quem sequer foi parte no processo do qual emanou a decisão.

Além disso, deve o Supremo Tribunal Federal estimular a participação direta deste auditório em suas decisões, a fim de legitimar democraticamente as normas jurídicas que por ele são produzidas na edição de decisões com efeitos vinculantes *erga omnes*. Obviamente, não se quer dizer com isso que as decisões do STF dependam da adesão ou aceitação de seu auditório, mas sim que quanto mais aceitação e abertura para participação do auditório houver, mais bem fundamentada e válida será a decisão judicial, que terá sido legitimada por um processo constitucional democrático. Essa mudança para um paradigma de participação, por sua vez, implicará indubitavelmente uma maior estabilidade social e segurança jurídica para o Estado de direito, e em muito difere - saliente-se - do conceito impreciso e de duvidosa existência

de “opinião pública”, que de fato não deve presidir debates técnico-jurídicos, pois costumeiramente está acompanhado de preconceitos e é confundido com o senso comum (MORETZSOHN, 2007, p. 90).

## 2 Interpretação constitucional: pontos de partida

Jane Reis Gonçalves Pereira, em sua obra sobre interpretação constitucional, traz importantes colaborações à inquietação presente neste trabalho:

De qualquer sorte, nunca é possível cogitar de uma aplicação pura e simples da obra legislativa. A aplicação é “o momento final da interpretação”, pressupondo que antes se opere a determinação dos textos normativos relevantes para a solução do problema e a atribuição de sentido a estes. Assim, a premissa maior da subsunção não é o dispositivo, mas a norma jurídica (re)formulada pelo próprio juiz a partir da seleção dos preceitos incidentes e da determinação dos significados destes. Como leciona Michel Troper, os tribunais criam direito em dois níveis: enunciam a norma geral e a norma particular, uma vez que a norma aplicada é formulada pela própria autoridade que profere a decisão. Esse processo torna-se especialmente evidente quando se trata de interpretação constitucional, no qual a abertura e a indeterminação normativa são mais comuns, demandando que o trabalho de densificação do sentido seja feito pelo operador jurídico. Por isso, afirma Konrad Hesse que a “interpretação constitucional é concretização”, uma vez que “precisamente o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da realidade de cuja ordenação se trata. De fato, a dimensão construtiva da jurisdição constitucional encontra-se diretamente ligada ao fato de que a Constituição não é um fenômeno exclusivamente normativo, mas compreende também as forças políticas e sociais com as quais interage. [...] Como foi dito, o caráter construtivo da interpretação constitucional liga-se precisamente à necessidade de conciliar texto e realidade. Na clássica lição de Hesse, a Constituição tem o propósito de regular a vida estatal e social, mas também é por estas influenciada. Assim, ao mesmo tempo em que as normas constitucionais conformam a realidade, as relações sociais condicionam a interpretação constitucional. Desse intercâmbio contínuo emergem diversos mecanismos interpretativos, os quais visam a coordenar o conteúdo normativo da Constituição – que jamais pode ser irrelevante – e o mundo dos fatos. Nesse contexto inserem-se, por exemplo, as mutações constitucionais – alteração do significado das normas constitucionais sem que seja mudado o seu texto – e o reconhecimento de direitos não enumerados. (PEREIRA, 2006, p. 41-43).

Esta colaboração traz dois importantes pontos de partida. Um deles é a ideia, de Konrad Hesse, de que interpretar a Constituição é concretizá-la. Nesse sentido, importante é transcrever literalmente o que o autor alemão pensa:

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com

as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode - ou deve - provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. (HESSE, 1991, p. 22-23)

Ou seja, interpretar a Constituição é construir este alicerce normativo sobre o qual as relações políticas e sociais acontecerão, com os limites atinentes a tanto, e com o respeito às alterações fáticas que ensejarão modificações na interpretação da Constituição e das normas jurídicas.

Outro ponto de partida, não menos importante, é a compatibilização desta ideia de interpretação/concretização com aquela de interpretação como ato da sociedade aberta, o que se coaduna com o conceito de Estado democrático de direito, ao qual o Brasil se reporta em seus fundamentos constitucionais. Ora, quem pode fazer interpretação constitucional? Como se produz interpretação constitucional?

Pensando acerca dessas inquietações, Peter Häberle, em *Hermenêutica Constitucional*, apresenta sua clássica proposta: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HABERLE, 1997, p. 13).

Todavia, que ligação esses dois pontos de partida mantêm com as decisões do Supremo Tribunal Federal portadoras de efeitos vinculantes? Eis o ponto nodal do debate.

### 3 O STF e a judicialização da vida social

Não se nega que, cada vez mais, a sociedade tem buscado no Poder Judiciário as soluções para os problemas que o Estado, aqui representado por todos os seus poderes, não tem conseguido solucionar, mormente em um Estado com tantos problemas sociais como o Brasil. Assim, o Direito tem invadido todas as relações sociais, ensejando que o Judiciário seja chamado a aplicá-lo em espaços outrora despercebidos pelo Estado ou restritos aos meios autônomos de resoluções de conflitos. Dessa forma, os juízes são chamados a concretizar diretrizes constitucionais ao aplicar o Direito, de modo que a quantidade de demandas judiciais só vem crescendo. A esse fenômeno consentem os autores a denominar “judicialização da vida social”, que tanto pode ocorrer na política e relações institucionais como nas relações sociais entre particulares, e entre Estado e particulares.

Percebe-se, assim, uma participação maior do Judiciário em questões que originalmente não seriam de sua competência constitucional, como no reconhecimento e garantia de direitos a grupos socialmente desorganizados, como homossexuais, negros, índios, consumidores, etc. por meio de ações coletivas, decorrentes da letargia e falta de representatividade que acomete o Poder Legislativo e da hiperlativização do Poder Executivo

(vide o presidencialismo extremo e o ímpar regime das medidas provisórias do Brasil). Portanto, esses dois poderes têm sido incapazes de responder aos anseios de uma sociedade que se faz cada vez mais carente e exigente, concomitantemente.

Nesse aspecto, percebe-se que o STF constantemente é instado a se pronunciar acerca da instalação de comissões parlamentares de inquérito (CPIs) por requerimento da minoria parlamentar (STF, Mandado de Segurança nº 24.831 e Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.619) e acerca da regularidade das decisões tomadas no seio dessas comissões (STF, Mandado de Segurança nº 23.576, Habeas Corpus nº 7.1039 e Habeas Corpus nº 71.261), bem como acerca da constitucionalidade das recorrentes medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo (seja pelo controle concentrado ou pelo controle difuso). Paulo Bonavides deslinda essa crise de representatividade do Poder Legislativo e os excessos e fechamentos sistêmicos causados pela tecnocracia que comanda o Poder Executivo:

Em todo o século XX a evolução não foi outra senão esta: o estreitamento gradual das possibilidades de participação efetiva do povo no processo decisório. O sufrágio universal dera-lhe a alentadora ilusão do governo. Com essa forma de sufrágio vieram porém os partidos políticos e arrebatarem ao cidadão uma parte considerável daquela soberania eleitoral de que ele concretamente se julgava titular. [...] afinal a distância do cidadão se alargou de maneira estonteante com a formação do clube tecnocrático, que fechou ainda mais o círculo já estreito da intervenção democrática e levantou questões de aguda atualidade relativas à sobrevivência da democracia, onde o povo se sente frustrado e ausente do processo decisório, feito em seu nome mas sem a sua real participação. (BONAVIDES, 2011, p. 478)

Enfim, extrai-se dessa obra de Paulo Bonavides importante paradoxo social. Trata-se da pulverização da vontade popular, coarctada por mecanismos de indução exercidos por grupos sociais de pressão política – grupos que, no momento do exercício do poder, fecham-se, tecnocraticamente e sob as mais variadas formas, à participação deste mesmo corpo social do qual são uma minoria de representantes. Noutros termos: essa minoria que exerce o poder e representa o povo, no momento em que se faz necessária a manifestação de vontade do povo (leia-se: eleição), introduz elementos de identidade entre ela e seus representados; entretanto, posteriormente, quando exerce o poder que lhe foi repassado pelos cidadãos, não permite a estes a continuidade do exercício dos direitos de participação e cidadania.

No mundo, esse panorama de crise e de desconstrução da representatividade das funções estatais também é visível ao menos desde a derrocada do nazifascismo ao fim da 2ª Grande Guerra, em resposta às demandas por “direitos humanos” em detrimento das “tirantias de maioria” verificadas outrora nos governos fascistas eleitos democraticamente. E mais atualmente, a crise econômica europeia vem demonstrando o grande descompasso que está havendo entre as vontades de representantes e representados, desconstruindo a legitimidade e a racionalidade da ação daqueles, a partir do conceito weberiano de legitimação. Simone Goyard-Fabre ilustra bem este panorama universal de crise nas instituições e poderes do Estado:

Admitindo-se que a força de uma legitimação depende da capacidade de fundação e de justificação que ela contém, ou seja, do tipo de razões que ela é capaz de produzir, constata-se que hoje se abre uma brecha entre o crédito que o Poder reclama e as justificações que dá das exigências impostas por ele aos cidadãos. Essa falha, que Paul Ricoeur chama de “brecha de legitimação”, significa que o Poder que se diz democrático está habitado por uma crise fundamental, que nada mais é que uma crise de identidade: o povo soberano não se reconhece mais no aparelho do Estado que o governa. (GOYARD-FABRE, 2003, p. 282).

Vale ressaltar, especialmente no Brasil, que a crise de representatividade que permeia o Poder Legislativo advém de fatores diversos, entre os quais poderíamos pontuar a existência de um sistema eleitoral deficiente e de um “presidencialismo de coalizão”, figura criada pelos partidos políticos com fins à “governabilidade”. Desse modo, os parlamentares não conseguem dialogar com os diversos setores da sociedade, principalmente com aqueles alijados do sistema ou que não são representados proporcionalmente e adequadamente (VIANNA et al., 1999, p. 50). Não é por outro motivo que, no Brasil, há anos tanto se discute acerca da necessidade de uma reforma política em cujo debate nunca se chegou a conclusão alguma.

Ademais, a judicialização da política também é representada pela judicialização das políticas públicas, em face de omissões do Poder Executivo e da má prestação dos serviços públicos, seja por si próprio seja por meio de suas concessionárias e permissionárias. Isso vem ocorrendo de modo cada vez mais intenso, haja vista as constantes ações judiciais buscando a tutela coletiva para implantação ou correção na prestação de serviços públicos essenciais, como inauguração de escolas e creches; fornecimento de medicamentos e realização de cirurgias; regulação das relações entre usuários e concessionárias de serviço público (ante a atuação ineficiente das agências reguladoras). Mais uma vez, o prof. Luiz Werneck Vianna et al. trazem importante colaboração para o tema:

Na sociedade brasileira, um caso de capitalismo retardatário e de democracia política incipiente, a presença expansiva do direito e de suas instituições, mais do que indicativa de um ambiente social marcado pela desregulação e pela anomia, é a expressão do avanço da agenda igualitária em um contexto que, tradicionalmente, não conheceu as instituições da liberdade. Neste sentido, o direito não é “substitutivo” da República, dos partidos e do associativismo – ele apenas ocupa um vazio, pondo-se no lugar deles, e não necessariamente como solução permanente. Décadas de autoritarismo desorganizaram a vida social, desestimularam a participação, valorizando o individualismo selvagem, refratário a cidadania e à ideia de bem-comum. A intervenção normativa e a constituição de uma esfera pública vinculada direta ou indiretamente ao Judiciário, como no caso das ações públicas e dos Juizados Especiais, em vez de manterem os indivíduos à parte da república, pode se constituir, dependendo dos operadores sociais, em uma pedagogia para o exercício das virtudes cívicas. (VIANNA et al., 1999, p. 150-151).

Identificados esses três importantes fenômenos institucionais e sociais – hiperlativização do Poder Executivo, crise de representatividade do Poder Legislativo e judicialização – conectados entre si no Brasil, a ideia nesse momento é exatamente debater

as formas pelas quais será possível diminuir o déficit de legitimidade democrática que permeia, em sua natureza, as funções desse Poder Judiciário tão constantemente chamado a atuar perante o cidadão. Os membros desse poder, como se sabe, não são eleitos pelo povo.

#### 4 As decisões do STF detentoras de efeitos vinculantes: a argumentação jurídica

O Supremo Tribunal Federal, assim como qualquer magistrado ou órgão de qualquer grau de jurisdição do Poder Judiciário, está submetido ao dever de fundamentar suas decisões e sentenças, o que, por outro aspecto, trata-se de direito fundamental do cidadão (art. 93, IX, da Constituição Federal), posto que a exigência de decisões judiciais fundamentadas é ínsita ao devido processo legal e ao acesso à ordem jurídica justa (Cândido Rangel Dinamarco), direitos trazidos no art. 5º, XXXV e LV, da CF.

Conforme se observa na prática diária do Direito, a argumentação jurídica tem como objeto de reflexão, resumidamente, a produção de argumentos em contextos jurídicos. Podem se distinguir três diferentes campos jurídicos onde se processam argumentações jurídicas, quais sejam: o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas; o da aplicação de normas jurídicas; e o da dogmática jurídica, em que se buscam critérios para produção, aplicação e sistematização do Direito.

No que atine à aplicabilidade ou não de uma determinada decisão do Supremo Tribunal Federal portadora de efeito vinculante, o operador do Direito deve tentar subsumir os fatos debatidos em sua situação específica à decisão, seja ela proferida em ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), recurso extraordinário (RE), arguição de descumprimento de preceito fundamental ou súmula vinculante. Mas, logicamente, tal exercício não pode prescindir da interpretação da norma a que se tenta subsumir – decisões advindas de ADI, ADC, ADPF, RE ou súmula vinculante. É como afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p. 315): “Como submeter o caso à regra? O processo de subsunção tem a ver com o problema da aplicação do direito. A aplicação não se confunde com a interpretação, embora a exija. Demonstrado, por via hermenêutica, o sentido da norma, é preciso demonstrar que o caso a ser decidido nele se enquadra”.

Dessa forma, deve haver interpretação constitucional das decisões com efeitos vinculantes, o que não deve ocorrer só na aplicação destas (o que pode, como ocorre no *overruling*, até levar à revogação de uma súmula vinculante ou ao cancelamento de uma repercussão geral outrora admitida), mas também nos debates atinentes às suas formulações e também nos seus estudos pelos dogmáticos. Assim ocorre em relação a qualquer espécie de norma jurídica, em respeito às mudanças impostas pela evolução fática e axiológica havida em qualquer sociedade, pois, do contrário, dispensar-se-ia o Poder Legislativo e a dogmática.

Ou seja, o STF, na qualidade de guardião e intérprete-mor da Constituição (art. 102, CF), produzirá argumentos em contextos jurídicos seja na formulação de suas

decisões (em ADI, ADC, ADPF, RE) ou edição das súmulas vinculantes seja na aplicação dessas decisões ou súmulas, por ocasião de reclamações constitucionais (arts. 102, I, "I", e 103-A, § 3º, da CF).

O efeito vinculante de específicas decisões do STF, resumidamente, é a pretensão de conferir a tais decisões o poder de transcender a definição de constitucionalidade adotada, do caso concreto (*inter partes*) para um universo subjetivo mais amplo. Há diversas hipóteses previstas no ordenamento a demonstrar a vontade legislativa de se outorgar a algumas decisões do STF tal efeito, com vistas à consecução de desideratos constitucionais.

Contudo, a característica mais importante que vai distinguir se há efeito vinculante é a presença ou não de algum instrumento que possibilite, a quem se sentir afetado por determinado ato que entenda desrespeitoso à decisão vinculante do STF, exigir uma providência reparadora por parte do tribunal. Presente esse instrumento, entendemos que tais decisões vinculantes são normas jurídicas estritas, ante a subsunção ao conceito de imperativo despsicologizado, conforme a lição clássica de Tércio Sampaio Ferraz Junior:

Em conclusão, podemos dizer que a dogmática analítica capta a norma jurídica como um imperativo despsicologizado. Para evitar confusões com a idéia de comando, melhor seria falar em um direito vinculante, coercivo no sentido de institucionalizado, bilateral, que estatui uma hipótese normativa (*facti species*) à qual imputa uma conseqüência jurídica (que pode ser ou não uma sanção), e que funciona como um critério para a tomada de decisão (decidibilidade). (FERRAZ JR., 1994, p. 123)

Com isso, temos que a edição, por parte do Supremo Tribunal Federal, de decisões com efeitos vinculantes consubstancia nítida produção de normas jurídicas, que serão limitadas pelo enunciado textual a ser aprovado, bem como pelos julgados reiterados sobre a matéria constitucional que embasou a decisão judicial do STF. E, por fim, frise-se, a confirmar o caráter de norma jurídica destas decisões, a existência de um instrumento processual para o descumprimento de decisões do STF com efeitos vinculantes: a reclamação constitucional.

#### **4.1 Reclamação: a prova de que as decisões do STF com efeitos vinculantes são verdadeiras normas jurídicas**

A reclamação constitucional há muito tempo deixou de ser criação jurisprudencial de mero expediente para garantia de cumprimento das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Tem, atualmente, assento constitucional (arts. 102, I, "I", 103-A, § 3º, e 105, I, "f", da CF) e natureza jurídica de ação propriamente dita (como já afirmava Pontes de Miranda), com a finalidade de "viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem política-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça" (Reclamação nº 336, rel. min. Celso de Mello, j. 19/12/1990, DJ 15/3/1991).

A natureza jurídica de ação é peremptória, diante da existência de uma lide entre aqueles que, no caso específico, entendem que a competência ou a autoridade do STF/STJ estariam sendo desrespeitadas e aqueles que entendem que não, o que se resolveria no tribunal respectivo, mediante o procedimento indicado (regulado pelas resoluções internas do STF ou do STJ).

#### 4.2 Paradigmas judiciais e causa de pedir na reclamação

Parece claro que apenas se justifica a busca pela garantia da autoridade de uma decisão do Supremo Tribunal Federal se o caráter vinculativo (ou seja, obrigatório) de tal decisão está a ser desrespeitado por ato de poder público, impondo, em qualquer grau, instabilidade e incoerência ao ordenamento jurídico.

Vista a questão sob esse prisma, abre-se a discussão para, em respeito à moderna doutrina constitucional, entender que inúmeras são as possibilidades de decisões do Supremo Tribunal Federal, cuja autoridade visa a garantir-se por meio de uma reclamação constitucional, visto que atualmente, por intermédio do poder constituinte (originário ou derivado), o efeito vinculante foi correlacionado a diversas espécies de atos produzidos pelo Supremo.

Inicialmente, até meados de 1992, o Supremo, interpretando a então recente Constituição brasileira, resumia a utilização da reclamação para casos explícitos de usurpação de competência do Tribunal e/ou flagrante (quase literal) descumprimento de sua decisão.

Após o julgamento da Reclamação na Medida Cautelar nº 397 (rel.: min. Celso de Mello), em 25/11/1992, abriu-se caminho para a possibilidade de se admitir a reclamação para casos de conflitos com decisões do Supremo em sede de controle concentrado. Pouco após, a mesma hipótese foi discutida na Reclamação nº 399 (rel.: min. Sepúlveda Pertence).

Tal interpretação da reclamação foi reforçada com a edição da Emenda Constitucional nº 3/93, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade no controle concentrado, definindo que as decisões, nesses processos, teriam efeito vinculante (art. 102, § 2º, da CF, incluído pela Emenda nº 3). Posteriormente, corrigindo importante omissão, a Emenda nº 45/2004 retificou esse mesmo § 2º, estendendo o efeito vinculante também às ações diretas de inconstitucionalidade.

Porém, é imperioso ressaltar que a modificação trazida na Emenda nº 45/2004 apenas veio consagrar as técnicas de controle concentrado de constitucionalidade contidas no texto do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99 e o entendimento jurisprudencial do próprio STF acerca do efeito vinculante não apenas das ações declaratórias de constitucionalidade, como também das ações diretas de inconstitucionalidade (Reclamação nº 1.880, de 23/5/2002), anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004.

Essa mesma Emenda nº 45/2004 apresentou ao ordenamento o instituto da súmula vinculante. Assim, com base no art. 103-A da Constituição Federal, o Supremo Tribunal

Federal poderá, de ofício ou mediante provocação, aprovar súmulas vinculantes, “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, enunciados estes que terão “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Idêntico dispositivo consta da Lei nº 11.417/2006, diploma que regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal.

Como se sabe, o Brasil é detentor de um sistema peculiar de controle de constitucionalidade, em que se mesclam elementos do sistema difuso com elementos do controle concentrado (neste caso, desde a Emenda Constitucional nº 16/1965). Desde então, o Brasil passou a aprender a se utilizar das benesses dos dois sistemas, mas também passou a vivenciar os problemas decorrentes dessa convivência conjunta - entre os quais, o nítido aumento da utilização do controle concentrado por ações diretas de inconstitucionalidade após a CF/88, aliado ao amplo controle difuso pela via do recurso extraordinário, o que levava ao julgamento incidental e repetitivo de diversas matérias já discutidas em sede de controle concentrado.

Desse modo, iniciou-se um debate perene sobre determinados posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, principalmente quando houvesse o indeferimento de medidas cautelares em sede de controle concentrado (ou seja, mantendo a presunção de constitucionalidade da norma), enquanto já havia decisões em sede de controle difuso (do próprio Supremo ou de instâncias inferiores), entendendo que a mesma norma seria inconstitucional.

Foi com vistas a evitar decisões conflitantes no âmbito do Poder Judiciário, o que deslegitimaria sua atuação ao causar paradoxos interpretativos perante aos jurisdicionados e traria insegurança jurídica à população, que o constituinte derivado objetivou a criação das súmulas vinculantes. Nesse sentido, leia-se o § 1º do artigo 103-A da CF, em que se afirma que as súmulas vinculantes terão por finalidades “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Enfim, essas súmulas, editadas conforme o rito da Lei nº 11.417/2006, caso desobedecidas por ato judicial ou administrativo, desafiarão o uso da reclamação constitucional para cassação ou anulação destes atos, nos termos literais do art. 103-A, § 3º, da Constituição: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

Todavia, esse efeito vinculante das decisões do Supremo não existiria apenas em relação a súmulas vinculantes, ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, o que se extrai dos arts. 102, I, “p”, da CF (no que atine à decisão de medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade), e do art. 10, cáput, e § 3º, da Lei nº 9.882/99, que trata do efeito vinculante das decisões nos processos das

arguições de descumprimento de preceito fundamental. O mesmo raciocínio é extraído do art. 5º, § 3º, da mesma lei, em que se delinea o efeito vinculante da decisão de medida cautelar em arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Mas não é só. Também há efeitos vinculantes em decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. Não se entende mais que, *a priori*, a decisão do STF em recursos extraordinários somente possuiria vinculação geral após a suspensão da norma pelo Senado (art. 52, X, CF). Essa previsão do art. 52 perdeu sentido a partir de estudos doutrinários acerca da nulidade *ex-tunc* das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, informa Gilmar Mendes:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. (MENDES, 2004, p. 280).

De outro lado, a exemplificar a tese de que há eficácia vinculante em decisões de recurso extraordinário, a Lei nº 10.259/2001, que trata dos Juizados Especiais Federais (JEFs), traz a determinação, no art. 15, de que o recurso extraordinário interposto em processo dos JEFs será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento Interno do STF. Ou seja, o relator do recurso extraordinário pode determinar a suspensão dos processos em que haja importante controvérsia constitucional (art. 14, § 5º), o que posteriormente viria a ser regulamentado pelo regimento interno no art. 321, cujo § 5º dispõe que o relator de tal recurso, preenchidos os requisitos legais, poderá conceder, de ofício inclusive, medida liminar para sobrestar os processos com idêntica controvérsia, em especial quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF. O sobrestamento pode ser determinado, até posteriormente, para recursos extraordinários interpostos posteriormente à referida decisão; e permitir-se-á o juízo de retratação por parte das turmas dos JEFs, após a publicação da decisão.

Isto é, permitiu-se ao relator, monocraticamente, *ad referendum* do plenário, proferir decisão, em sede de Recurso Extraordinário, defendendo súmula ou jurisprudência dominante do STF, que vinculará todos os demais órgãos dos JEFs em que estejam sendo debatidas idênticas controvérsias. Ora, isso nada mais é que a concessão de efeito vinculante ao Recurso Extraordinário, simplificando a análise de recursos por parte do STF, evitando a superposição e superprodução de demandas.

Uma outra hipótese para produção de efeito vinculante no recurso extraordinário é no caso da aplicação do incidente da repercussão geral, instituto que foi trazido também pela Emenda nº 45/2004 e é requisito constitucional de admissibilidade do recurso extraordinário. Tal incidente consiste na existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (art. 102, § 3º, CF).

À luz do que dispõe o art. 543-B, § 3º, do CPC, ao prever que “Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006)”, entende-se que o legislador determinou que os órgãos judiciais de instâncias inferiores, responsáveis pelos processos sobrestados, estarão vinculados à decisão do STF, sendo-lhes permitido até retratar-se das decisões prolatadas anteriormente. Nesse sentido, afirma Caio Marcio Gutterres Taranto:

[...] caso o Pretório Excelso entenda que há repercussão geral e julgue o mérito do processo, o precedente judicial deverá ser aplicado pelo juízo a quo, que deverá (não apenas poderá), ainda, declarar os recursos prejudicados ou retratar-se, figurando o recurso extraordinário selecionado como paradigma (§ 3º do artigo 543-B). Então, esse precedente paradigma *produzirá efeito vinculante em sede de controle incidental*, determinando que a orientação oriunda do juízo de mérito que o Supremo tenha fixado seja obrigatoriamente reproduzida nos processos sobrestados. *Poderá, assim, o prejudicado utilizar-se de reclamação*, para que o Supremo possa cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada. (TARANTO, 2010, p. 128, grifo nosso)

#### 4.3 Origem subjetiva dos atos passíveis de reclamação: partes

Em um 2º momento, objetiva-se que o modelo constitucional da reclamação, no STF, consagraria sua adoção contra atos jurisdicionais ou administrativos, havendo efeitos vinculantes apenas em relação a essas esferas do poder. Tanto quanto a alegação de que apenas decisões em sede de controle concentrado teriam efeito vinculante, este é mais um dogma destituído de correção.

Sob pena de violar-se a separação de poderes, é certo que não se deve cercar a liberdade do legislador de, após reflexão e atualização do debate acerca dos fatos e valores que envolvem o tema, reeditar norma tida por inconstitucional pelo STF.

No entanto, essa regra comporta exceções.

A reclamação é manejável também perante atos legislativos que afrontem a autoridade das decisões do STF, como se observa dos julgados atinentes às reclamações nº 399, 389, 390, 393 e 556, em que o STF entendeu que cabia o instrumento quando o órgão legislativo responsável pela edição da lei declarada inconstitucional (*v.g.*, as assembleias legislativas estaduais) persistisse na edição de atos concretos pressupondo a validade de norma já declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle concentrado.

Ainda, de acordo com o art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, extrai-se que é possível que o efeito vinculante se dê em relação a todos os órgãos “do Poder Público”, açambarcando, desta forma, o Poder Legislativo, em especial quando a arguição versar sobre atos legislativos anteriores à Constituição de 1988. Dessa forma, é possível entender que uma lei idêntica a outra já tida por inconstitucional poderia ser invalidada por meio de simples reclamação? Com base na não aplicação de efeito vinculante às decisões do Supremo em relação a atos do Poder Legislativo, muitos entendem que não seria possível tal entendimento, pois seria necessária uma nova ação autônoma de controle concentrado.

Porém, ousamos divergir e acompanhar Gilmar Mendes e Paulo Branco, quando, concordando com a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de aplicação de lei idêntica àquela já declarada inconstitucional, em sede de reclamação, afirmam que:

[...] de fato, não faria muito sentido se o Tribunal tergiversasse, não conhecendo de reclamação por questões meramente formais, e exigisse do interessado a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental para atestar a constitucionalidade de lei municipal ou estadual de teor idêntico a outra que já teve a legitimidade constitucional reconhecida pela própria Corte. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1.420)

A discussão passa, portanto, pela percepção de que as fundamentações das decisões do Supremo Tribunal Federal devem conduzir toda a comunidade jurídica e a sociedade, não estando o legislador ordinário e o constituinte derivado imunes à atuação do intérprete oficial da Constituição. Assim, tanto o dispositivo quanto a motivação das decisões do STF teriam efeito vinculativo também nesses casos.

Vale salientar que o Tribunal Constitucional alemão entende pacificamente que o efeito vinculante se estende tanto ao dispositivo da decisão, quanto a seus fundamentos determinantes - BVerfGE, 1/14 (37), 4/31 (38), 5/34 (37), 19/377 (392), 20/56 (86), 24/289 (294), 33/199 (203) e 40/88 (93) -, matéria cuja discussão ainda é incipiente no Supremo Tribunal Federal, a se ver pelo teor da Reclamação nº 1.987, DJ de 21/5/2004.

Não se pode esquecer de que, ao editar a Súmula Vinculante nº 2, "É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias", o Supremo nitidamente dirigiu sua fundamentação ao legislador, determinando impedimentos à violação da CF88. Porém, nada impede que, em sede de reclamação contra ato legislativo, o STF entenda que houve evolução no debate social que permita a reedição de norma outrora inconstitucional, no que a doutrina costuma denominar "mutação constitucional". Por fim, Gilmar Mendes e Paulo Branco enfatizam a importante função da reclamação no ordenamento brasileiro:

A tendência hodierna é, pois, que a reclamação assumia cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira. (MENDES; BRANCO. 2011, p. 1.421)

Enfim, a existência e o tratamento dado à reclamação, no Supremo Tribunal Federal, apenas vêm a confirmar a natureza de norma jurídica das decisões emanadas pelo plenário do STF, por apresentarem efeitos *erga omnes*, nas hipóteses apresentadas supra.

## 5 O aprimoramento da legitimidade democrática das decisões do supremo tribunal federal com efeitos *erga omnes*

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal passou a ser um importante centro emanador de normas jurídicas consubstanciadas em decisões de eficácia e vinculação geral, passíveis de coerção por meio de reclamação constitucional. Por vezes, esse tribunal

ocupa o vazio institucional deixado pelo Poder Legislativo, cuja representatividade se vê cada vez mais questionada.

Desse modo, com atribuições e competências em abstrato que sobejam a normalidade da separação institucional entre os poderes, somadas ao seu comportamento concreto perante a comunidade jurídica e a sociedade, o Supremo Tribunal Federal deve ter o cuidado de não se transformar em uma instituição hiperlativizada, sobrepujando-se aos demais poderes da República. Nesse ponto, a chave para o sucesso do equilíbrio institucional é simples: acesso democrático a todos os mecanismos de poder e de formulação de decisões, mas sem perspectivas oníricas contraditórias de que a corte constitucional seria a detentora única da interpretação fiel da Constituição. Jürgen Habermas explana a visão que deve presidir os trabalhos de uma corte constitucional:

A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (offensive) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição” – o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor. A idealização desse papel, levada a cabo por juristas ufanos, só faz sentido quando se procura um fiel depositário para um processo político idealisticamente acentuado. Essa idealização, por sua vez, provém de um estreitamento ético de discursos políticos, não estando ligada necessariamente ao conceito de política deliberativa. Ela não é convincente sob pontos de vista da lógica da argumentação, nem exigida para a defesa de um princípio intersubjetivista. (HABERMAS, 1997, p. 346-347)

Ora, a menção à “comunidade dos intérpretes da constituição” feita pelo filósofo alemão remete aos pontos de partida da interpretação constitucional supracitados: a interpretação constitucional como concretização axiológica e participação da sociedade civil democraticamente organizada, de modo indissociável à realidade fática (Peter Häberle e Konrad Hesse).

Em outras palavras: é necessária uma maior participação da sociedade no processo de interpretação e concretização da Constituição; e, quanto mais bem-sucedido for este processo, mais próximo de um Estado democrático de direito real estaremos. Sobre esse aspecto, o ordenamento permite a participação da sociedade civil no processo comum e no processo de índole constitucional, por intermédio da figura do *amicus curiae* – o que se colhe, por exemplo, do art. 14, § 7º, da Lei nº 10.259/2001 (recursos nos JEFs); do art. 482, § 3º, do Código de Processo Civil (controle de constitucionalidade nos tribunais); dos arts. 7º, § 2º e 18 da Lei nº 9.868/99 (ADIs e ADCs); do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 (ADPF); do art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006

(súmulas vinculantes); e do art. 543-A, § 6º do Código de Processo Civil (repercussão geral do recurso extraordinário). Observe-se, em relação a todos esses exemplos, que se tratam exatamente de processos que podem culminar em decisões de efeitos vinculantes a todas as esferas de poder, com reflexos diretos na sociedade.

A participação da sociedade civil organizada no processo constitucional, portanto, deve ser conciliada com a constatação de que o STF não é apenas um órgão produtor de decisões judiciais *inter partes*, mas também um guardião da Constituição emanador de inúmeras decisões judiciais com efeitos vinculantes. Essa conciliação perpassa pela busca da diminuição do campo de discricionariedade do STF na produção de suas “normas judiciais” e no respeito e consideração às opiniões dissonantes do *auditório* ao qual se dirigem suas decisões, porquanto – não se deve esquecer – o Poder Judiciário carece de representação democrática direta, e, ao editar suas “normas judiciais”, o STF não pode prescindir do respeito às opiniões de seu *auditório*, ao qual dirigirá suas decisões judiciais de efeitos vinculantes, e isso passa pelo acréscimo de legitimidade democrática com o estímulo à participação da sociedade civil nos processos constitucionais e pelo decréscimo da discricionariedade judicial dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Porém, infelizmente, há dois bons exemplos de que o STF não vem se portando com o perfil habermasiano de tutor (e não de regente) do debate democrático constitucional.

O primeiro deles é o fato de que o STF já editou 31 súmulas vinculantes (1 a 29, 31 e 32), mas, destas 31 súmulas, apenas uma delas adveio de provocação por parte de ente legitimado a tanto, nos termos do art. 3º da Lei nº 11.417/2006: trata-se da Súmula nº 14, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Todas as demais súmulas vinculantes existentes foram editadas *ex officio* pelo próprio STF, seja por iniciativa de algum de seus ministros seja por iniciativa do plenário. Além disso, a edição não foi precedida de amplo debate público com a sociedade civil organizada. Nesse sentido, remete-se à leitura da tímida regulamentação da participação de terceiros no processo de edição, cancelamento e revisão de súmulas do STF, trazido pela Resolução nº 388/2008, misturando-se, até mesmo, as vinculantes com as não vinculantes e meramente persuasivas. Leia-se a resolução:

Art. 1º Recebendo proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula, vinculante ou não, a Secretaria Judiciária a registrará e autuará, publicando edital no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados no prazo de 5 (cinco) dias, encaminhando a seguir os autos à Comissão de Jurisprudência, para apreciação dos integrantes, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, quanto à adequação formal da proposta.

Art. 2º Devolvidos os autos com a manifestação da Comissão de Jurisprudência, a Secretaria Judiciária encaminhará cópias desta manifestação e da proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula aos demais Ministros e ao Procurador-Geral da República, e fará os autos conclusos ao Ministro Presidente, que submeterá a proposta à deliberação do Tribunal Pleno, mediante inclusão em pauta.

Art. 3º A manifestação de eventuais interessados e do Procurador-Geral da República dar-se-á em sessão plenária, quando for o caso.

Art. 4º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula tramitará sob a forma eletrônica e as informações correspondentes ficarão disponíveis aos interessados no sítio do STF.

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

O segundo exemplo é extraído do que ocorreu na ADPF nº 54, cujo objeto era a descriminalização do aborto de fetos anencéfalos, na qual o ministro relator entendeu inoportuna a admissão do *amicus curiae* e negou um direito subjetivo público de ingresso nos processos constitucionais por parte de instituições que quiseram apresentar seus argumentos favoráveis e contrários à tese ali debatida. Posteriormente, contudo, o ministro entendeu pela necessidade de convocar uma audiência pública para ouvir esses mesmos segmentos da sociedade civil - o que na prática ensejou abertura no processo, mas criou, ao fim, um precedente de prática procedimental autoritária dos processos constitucionais de eficácia *erga omnes*.

Com esses dois exemplos, bem se percebe que o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado uma atuação extremamente controladora da participação as sociedade em seu processos. Age como regente único de processos de interesse público amplo e aberto, contrariamente ao apregoado acertadamente por Jürgen Habermas, quando deveria apenas tutelar o amplo acesso da sociedade civil organizada ao debate nesses feitos, já que os efeitos da decisão a todos vincularão, mesmo que essas instituições da sociedade civil não sejam partes no processo ou não tenham legitimidade para o ingresso da ação constitucional. Cassio Scarpinella Bueno, ao analisar a decisão na ADPF nº 54, acompanha esse entendimento:

Não obstante o acerto dessa decisão, é difícil não ver na recusa do Ministro Marco Aurélio de “simplesmente” admitir a intervenção de *amici curiae* nas arguições de descumprimento fundamental na linha do que é expressamente previsto para as ações diretas de inconstitucionalidade uma forma de evitar a criação de um precedente. Precedente no sentido de que, em casos futuros, não restaria ao Supremo Tribunal Federal outra solução que não a de admitir, sempre, a maior abertura possível para a manifestação organizada de todos os valores difusos na sociedade que, de uma forma ou de outra, fazem-se presentes nas várias arguições de descumprimento fundamental que estão em trâmite perante aquela corte e, ainda, naquelas que serão ajuizadas. Entendemos que deve ser louvada a iniciativa de Sua Excelência na realização do que ele chamou de “audiência pública”. Seus efeitos práticos, não há como negar, são os mesmos que adviriam de manifestações espontâneas de *amici curiae*. O que releva destacar, no entanto, é que a “convocação” da audiência pública por parte do Relator é forma, ainda que indireta, de inibir a voluntariedade na manifestação e, pois, de reduzir ou, quando menos, controlar a forma de acesso ao Supremo Tribunal Federal nas hipóteses em que o controle concentrado de constitucionalidade está sendo exercido. É buscar “transformar” uma intervenção que pode ser “espontânea” em uma intervenção “provocada”, partindo do pressuposto de que, com essa alteração, o juiz pode manter maior controle daqueles que intervêm no processo, mesmo que na qualidade de *amicus curiae*. (BUENO, 2012, p.195-6).

## Conclusão

Vive-se em tempos em que o Judiciário brasileiro está cumprindo papéis institucionais que não são seus, mas sim do Poder Legislativo, seara ideal para debates acerca de modificações e inovações legislativas, pelo perfil democrático que lhe é insito.

Ou seja, por conta do déficit de representatividade da sociedade civil no Legislativo, distorcidamente estão sendo levados problemas que outrora eram do Legislativo para o Judiciário. Exemplifica-se pela nítida percepção de que, além da profusão legislativa existente, há também um sem-fim de decisões do Supremo com efeitos vinculantes (ou seja normas judiciais sem viés democrático), imbuídas de intensa discricionariedade, tomadas sem participação da sociedade civil e às vezes destituídas de qualquer caráter de generalidade. Isso as distancia do conceito de norma jurídica, e invalida sua aplicação como decisão de efeito vinculante.

Em importante artigo em que critica essa onda moderna de decisionismo judicial, Lenio Luiz Streck propõe o debate acerca do estabelecimento de condições para um controle eficaz da interpretação constitucional. Assim o professor expõe o tema:

[...] a autonomia do direito e sua umbilical ligação com a dicotomia “democracia-constitucionalismo” exigem da teoria do direito e da Constituição uma reflexão de cunho hermenêutico. Essa relevante circunstância implica colocar em xeque aquilo que está no âmago da teoria do direito, isto é, a discussão acerca dos limites da interpretação do direito, questão presente nas diversas teorias construídas contemporaneamente (v.g., Häberle, Dworkin, Habermas, Alexy e MacCormick). O fato de não existir um método que garanta a “correção” do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito – não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típicos do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen. É preciso compreender que a delegação em favor do juiz do “preenchimento” da “zona de incerteza” é a institucionalização do positivismo, que funciona como poder arbitrário no interior de uma pretensa discricionariedade. Não se pode esquecer, aqui, que a “zona de incerteza” (ou as especificidades em que ocorrem os casos difíceis) pode ser fruto de uma “construção ideológica” desse mesmo juiz, que, ad libitum, aumentam o espaço de incerteza, aumentando, assim, o seu espaço de “discricionariedade”. (STRECK, 2011, p. 239-240).

Não se olvide que, ao exagerar em seu comportamento normatizador, o Supremo Tribunal Federal está apenas trazendo para seu espaço, de modo desnecessário, um problema que deveria ser resolvido no Poder Legislativo. Refuta-se este argumento pela ótica de muitos doutrinadores, no sentido de que o STF é guardião da Constituição e por ela deve velar ativamente e, se há determinações de sua atuação, que ela seja procedida. Porém, contra esses argumentos, responde-se: a continuar na forma como está, o Supremo Tribunal Federal estará apenas aumentando o déficit de democracia e cidadania, não colaborando para a construção de uma sociedade civil que participe ativamente da vida política por meio do atualmente combatido Poder Legislativo. Desse modo, apenas o corpo técnico que está ordinariamente legitimado ao processo constitucional é que vivenciará debates sobre a Constituição havidos na lida forense. O Estado democrático de direito, dependente de uma clara separação de poderes, tende a tornar-se um indesejado peso, um Leviatã de proporções assustadoras em relação a uma sociedade tibia e uma democracia jovem.

Além disso, antes de tomar qualquer decisão com efeito vinculante o STF deve refletir consideravelmente sobre a pré-compreensão que possui sobre o tema e sobre o *auditório* ao qual se dirigirá tal efeito vinculante, em vez de apenas considerar argumentos puramente

racionais e lógicos em suas decisões, sob pena de se transformar-se em um órgão judiciário de perfil ditatorial, em réplica análoga, *mutatis mutandis*, a pretéritos perfis estatais caracterizados por um Executivo hipertrofiado e um Legislativo de baixa representatividade.

Desse modo, cabe aos ministros do STF, “em vez de manterem os indivíduos à parte da república, se constituir, dependendo dos operadores sociais, em uma pedagogia para o exercício das virtudes cívicas” (VIANNA et al, 1999, p. 150), sempre construindo e reconstruindo a imagem de seu *auditório* (sociedade civil), transcendendo-lhes a opinião e incrementando sua participação na interpretação constitucional, a fim de conferir concretização constitucional e legitimidade democrática a suas decisões de efeitos vinculantes, sob pena de estas se tornarem ineficazes e inválidas pela natural desconsideração que a realidade social vivenciada pelo *auditório* eventualmente lhes imponha (o que é comprovado, *v.g.*, pela aplicação extremamente excepcional da Súmula Vinculante nº 11).

Se assim se desenvolver, o processo constitucional no Supremo Tribunal Federal, em especial aquele que resulte em decisões judiciais detentoras de efeito vinculante, o que *a priori* se revelou como excesso de normatização judicial e desequilíbrio entre os poderes, poderá se caracterizar em um exemplar processo indutivo de cidadania e democracia, pautas sociais e axiológicas tão ausentes no Brasil.

## DEMOCRACY, THE AUDITORIUM OF THE SUPREME COURT AND THE BINDING EFFECTS BY ITS TRIALS

**ABSTRACT:** This paper deals with the identification of the auditorium of the Supreme Court, based on argumentation theory of Chaïm Perelman, and the characterization of the legal rules produced by the trials of Supreme in processes of constitutional jurisdiction, with overall effectiveness, through increased in use of the “reclamação constitucional” for compliance with these decisions. Analyzes the degree of judicialization in Brazilian society and the increase of the decisions with binding effects erga omnes do STF. Study forms give rise to greater openness and democratic participation, particularly through the amici curiae and the reduction of judicial discretion in constitutional processes whose decisions have binding effect, from the standpoint of constitutional interpretation of Peter Häberle and Konrad Hesse.

**KEYWORDS:** Democracy. Legitimacy. Judicialization. Judicial rules. Standards. Binding precedents. Civil society. Participation.

### Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 2011.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. e. São Paulo: Atlas, 1994.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. V. I.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORETZSOHN, Sylvia. *Pensando contra os fatos: jornalismo e cotidiano: do senso comum ao senso crítico*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *O panprincipiologismo e a "refundação positivista"*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TARANTO, Caio Marcio Gutierrez. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WOLKART, Erik Navarro. *Súmula vinculante: necessidade e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.