
ENTRE A EFICIÊNCIA E A LEGITIMIDADE: A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES É COMPATÍVEL COM UMA CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DE DIREITO?

Patricia Cristina Lessa Franco
Procuradora Federal

Lotada na Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República
Chefe de Gabinete do Diretor do Departamento de Promoção dos Direitos Humanos,
Diretora Substituta do Departamento de Promoção dos Direitos Humanos

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Teoria dos Motivos Determinantes e sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário; 2 Entre a eficiência e a legitimidade: a teoria dos motivos determinantes é compatível com uma concepção democrática de Direito? 3 Considerações finais.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir o fenômeno da transcendência dos motivos determinantes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no controle concentrado como no controle difuso de constitucionalidade. Foi feita uma digressão sobre os objetivos, conseqüências, vantagens, desvantagens e, por fim, as limitações para a adoção desse fenômeno.

O problema do artigo foi responder a seguinte pergunta: tal teoria é justificável numa concepção democrática de constitucionalismo? A transcendência dos motivos determinantes e confere às decisões da Suprema Corte um efeito ilimitado? Caso haja limitação, quais regramentos ou valores deveriam ser impostos para conferir um sistema de freios a essa transcendência? Até que ponto a transcendência dos motivos determinantes é legítima? Assim, a partir desses problemas, foi utilizada como marco teórico a concepção de razão pública nos termos ensinados por John Rawls e o princípio da integridade concebido por Ronald Dworkin.

Por fim, fez-se um estudo de quais limites são necessários para que esse “super-poder” conferido à Corte Suprema não se transforme em algo arbitrário e ilegítimo. Conclui-se que realmente a teoria da transcendência dos motivos determinantes, no âmbito do Poder Judiciário, se revela como um mecanismo vantajoso, mas apenas se a sua aplicação for respaldada na razão pública e visar a preservar a integridade do Direito como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Transcendência dos motivos determinantes. Decisão judicial. Controle de constitucionalidade. Constitucionalismo. Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT: This paper is about the theory of transcendence of determinative reasons and its influence on decisions taken by Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) in either concentrate control or diffuse control of constitutionality. Here are discussed goals, consequences, advantages, disadvantages and, at last, restraints in order to adopt this theory.

The main question in this paper was: is the theory acceptable regarding the democratic conception of constitutionalism? Does the transcendence of determinative reasons assign unlimited reach to Supreme Court decisions? Otherwise, which restraints or parameters should be imposed to establish a “holding back system”? How far can the transcendence of determinative reasons be considered legitimate? Starting from these questions, we set up as our main line the doctrine of public reason, taught by John Rawls, and the theory of law as integrity, conceived by Ronald Dworkin.

At last, we studied which limits are necessary in order to avoid that this “super power” given to the Supreme Court change into something arbitrary and illegitimate. In conclusion: the transcendence of determinative reasons doctrine reveals itself as an advantageous mechanism, but only if its application is supported by public reason and preserves the value of integrity in Law.

KEY WORDS: Transcendence of determinative reasons. Case. Control of constitutionality. Constitutionalism. Supremo Tribunal Federal (Brazilian Supreme Court)

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir o fenômeno da transcendência dos motivos determinantes nas decisões proferidas pela Corte Suprema, tendo por marco teórico a concepção de razão pública nos termos ensinados por John Rawls e o princípio da integridade de Ronald Dworkin.

Foi escolhido o marco teórico com base na concepção de razão pública de John Rawls e no princípio da integridade de Ronald Dworkin por dois motivos. Primeiro, pelo fato de que a transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal apenas gozará de legitimidade se obedecer aos limites impostos pela razão pública. Segundo porque a aplicação do referido instituto deve objetivar manter a integridade do sistema jurídico como um todo, de forma que a transcendência dos motivos determinantes venha imbuída no espírito de expressar um sistema jurídico único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.

O objeto do artigo é o fenômeno da transcendência dos motivos determinantes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tanto no controle concentrado como no controle difuso de constitucionalidade. Em outras palavras, o objeto do artigo em questão é a aplicação da teoria da vinculação aos motivos determinantes e sua transcendência nas decisões proferidas pela Corte Suprema.

O problema trazido a lume no artigo consiste em se fazer uma digressão no sentido de responder a seguinte pergunta: tal teoria é justificável numa concepção democrática de constitucionalismo? Se essa transcendência dos motivos determinantes das decisões da Suprema Corte confere um efeito ilimitado a Corte Superior ou, caso não haja essa ilimitação, quais regramentos ou valores deveriam ser impostos

para conferir um sistema de freios a essa transcendência? Até que ponto a transcendência dos motivos determinantes é legítima?

Por fim, há de se problematizar, ainda, o próprio efeito vinculante das decisões proferidas pelo excelso Pretório no controle de constitucionalidade, enfatizando a possibilidade de extensão dos efeitos dela resultantes não só à parte dispositiva da sentença ou acórdão que, no controle concentrado ou difuso, declara a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, mas também aos próprios fundamentos, ou seja, a *ratio decidendi*, que constitui a essência da tese jurídica adotada para decidir o caso concreto.

Para cumprir o objetivo do artigo, na primeira seção será conceituada a teoria dos motivos determinantes. Essa conceituação tomará por base conceitos dispostos na doutrina e também na própria jurisprudência da Corte Suprema. Será feita uma incursão acerca do histórico da teoria da transcendência dos motivos determinantes e como ela se situa no histórico do controle de constitucionalidade.

Igualmente, será feito um estudo acerca das razões que levaram a jurisprudência constitucional brasileira a iniciar o debate sobre a transcendência dos efeitos determinantes nas decisões em sede de controle judicial de constitucionalidade, tais como a reiteração de atos e condutas tidas por inconstitucionais, a constante e tão almejada busca a efetividade das decisões, a segurança jurídica e ao princípio da eficiência, além da necessidade primordial do Estado Democrático de Direito de buscar preservar, sempre, a força normativa da Constituição.

Já na segunda seção será feito um estudo crítico no sentido de verificar até que ponto a eficiência objetivada na transcendência dos motivos determinantes seria legítima. Ou seja, a transcendência dos motivos determinantes é compatível com uma concepção democrática do direito? Para enfrentar esse problema, será utilizada a teoria de Rawls sob o espreque da razão pública e também será feito um estudo do princípio da integridade do sistema jurídico nos termos expendidos por Ronald Dworkin. Nesse sentido, ainda será feita um estudo de quais limites seriam necessários para que esse “super-poder” conferido a Corte Suprema não se transforme em algo arbitrário e ilegítimo.

Haverá, também, no segundo capítulo uma análise de como essa transcendência dos motivos determinantes aparentemente esvaziou o papel do Senado Federal na suspensão da execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela via difusa, conforme previsão do art. 52, X, da Carta Magna.

1 A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

Prefacialmente, é mister conceituar o que seja ato administrativo, tendo em vista que a partir do mesmo haverá a análise do tema objeto do presente artigo, qual seja: a transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tanto no controle difuso como no controle concentrado de constitucionalidade.

Ato administrativo é a declaração unilateral do Estado dotada de auto-executoriedade. É o ato jurídico decorrente do exercício da função administrativa, sob um regime de Direito Público ou, como prefere Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO: 2005, p. 185), “é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa”¹.

O ato administrativo constitui-se de vários elementos, os quais, nos termos da Lei nº 4.717/65, são: a) o agente competente; b) o motivo; c) o conteúdo ou objeto; d) a forma; e e) a finalidade.

A presença de todos esses elementos é obrigatória para que o ato administrativo exista, seja perfeito, válido e produza efeitos jurídicos.

Para a finalidade específica do presente artigo, vou me concentrar em um dos elementos do ato administrativo, qual seja, o motivo.

Em primeiro plano, há de se fazer a diferenciação entre motivo e motivação do ato administrativo. Como já foi mencionado, o motivo caracteriza-se como as razões de fato e de direito que autorizam a prática de um ato administrativo, sendo externo a ele, o antecedendo e estando necessariamente presente em todos eles. Assim, o motivo não se confunde com a motivação.

Nesse sentido, motivo é a situação jurídica que autoriza ou exige a prática de um ato administrativo. Já a motivação é a narração ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato administrativo; em outras palavras, é a exposição dos motivos, é a causa da prática do ato administrativo.

A motivação feita pela autoridade administrativa afigura-se como uma exposição dos motivos, a justificação do porquê daquele ato, é um requisito formalístico do ato administrativo.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello:

É a exposição dos motivos a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de direito habitante; (b) os fatos em que o agente se

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. I, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p-185.

estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente; (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado².

No esteio das diferenças entre motivo e motivação, surgiu a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual o motivo é um requisito tão necessário à prática de um ato que fica “umbilicalmente” ligado a ele, de modo que se for provado que o motivo é falso ou inexistente, por exemplo, é possível anular-se totalmente o ato, ou seja, os motivos se integram à validade do ato.

É a presença da motivação que permitirá o controle da legalidade do ato administrativo, no que tange a avaliação de existência e/ou veracidade dos pressupostos fáticos expostos pelo administrador, cuja interpretação é essencial para a subsunção do fato à norma que, inclusive, aferirá a transparência ao atuar da Administração Pública.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal preconiza:

Possui a Administração o poder discricionário na indicação de militares para realização de seus Cursos, tais como o de Aperfeiçoamento de Sargentos. Nesse caso, o motivo não seria exigido para a perfeição do ato, ficando o agente com a faculdade de praticá-lo sem motivação; porém se motivá-lo, vincula-se aos motivos apresentados, ficando obrigado a comprovar sua real existência, legalidade e constitucionalidade. - Não cabe ao Judiciário adentrar a esfera do mérito administrativo e questionar as normas disciplinares ou administrativas da Organização Militar ou os critérios estabelecidos para seleção ou indicação de militares para seus Cursos. Milita a favor do ato administrativo presunção de legitimidade, eis que emanados de autoridade pública, podendo, no entanto, o Judiciário sobre eles se manifestar em caso de vício que o macule. - A teoria dos motivos determinantes se baseia na consideração de que, quando o ato administrativo for motivado, fica ele vinculado aos motivos apresentados, para todos os efeitos jurídicos. Portanto, o motivo é que determina a prática do ato, devendo, assim, haver perfeita consonância entre tal ato e a realidade³.

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça entende:

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. I, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 366-367.

3 STF, RE 496.206/RJ, Rel. Min. CARMÉN LÚCIA, julgado em 19.06.2008, DJ 30.06.2008, p. 118.

Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto a conveniência e oportunidade do ato administrativo [...] o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade⁴.

Destarte, uma vez enunciados os motivos pelo seu agente, mesmo que a lei não tenha estipulado a necessidade se enunciá-los, o ato somente terá validade se os motivos efetivamente ocorreram e justificam o ato.

Nesse diapasão, a teoria dos motivos determinantes teve seu leque de profusão ampliado de molde a ser utilizada também no âmbito das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Claro que aqui o seu conceito se amolda às peculiaridades de que se revestem as decisões judiciais. A teoria dos motivos determinantes seria, assim, a vinculação do Poder Judiciário aos fundamentos de decidir, a *ratio decidendi* de uma decisão.

Antes do histórico e aplicação da teoria dos motivos determinantes nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade, será feito um breve relato desse controle, com ênfase do modelo adotado no Brasil.

De um modo geral, o controle de constitucionalidade pode ser feito preventiva ou repressivamente. No primeiro caso, o controle é feito antes da edição da lei; no segundo, após a edição da lei e pode ser tanto político quanto jurisdicional. Importa para o presente artigo o controle repressivo jurisdicional, o qual no constitucionalismo moderno se divide em controle concentrado e controle difuso de constitucionalidade.⁵

O controle concentrado tem matriz austríaca, influenciado por Kelsen. Nesse modelo, os Tribunais Constitucionais possuem o monopólio da declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos através de um processo próprio, com rito peculiar.⁶

Já no controle difuso a constitucionalidade das leis e atos normativos pode ser questionada em qualquer demanda, cabendo ao Juiz da causa decidir pela sua compatibilidade ou incompatibilidade

4 STJ, REsp. 429.570/GO, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11.11.2003, DJ 22.03.04, p. 277.

5 NICZ, Alvair Alfredo; JÚNIOR KOZIKOSKI, Antonio Cláudio. *O papel do Senado Federal não jurisdição constitucional brasileira: algumas considerações sobre o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal à luz da doutrina dos efeitos vinculantes*, p. 20. In: **Revista Forense**, São Paulo, ano 103, vol. 394, p. 20, novembro-dezembro 2007.

6 Ibid.

com o texto da Carta Magna. Foi criado pelo direito norte-americano, através do conhecido caso *Marbury v. Madison*.⁷

No Brasil perdura o sistema híbrido de jurisdição constitucional. Para fins do presente artigo, é imperioso, nesse momento, fazer um estudo do efeito vinculante no controle de constitucionalidade, já que a teoria da transcendência dos motivos determinantes trata justamente do efeito vinculante não só da parte dispositiva, como também dos próprios fundamentos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

De fato, o efeito vinculante existe no Direito Brasileiro desde 1977. Nesses termos, o art. 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelecia que a decisão proferida na representação interventiva teria caráter vinculante.

Posteriormente, já no âmbito da Constituição de 1988, a Emenda Constitucional nº 3/93, alterou o §2º do art. 102 da atual Carta Magna e alçou o efeito vinculante a nível constitucional com a instituição da Ação Declaratória de Constitucionalidade, expressamente narrando que:

Constituição Federal de 1988

Art. 102

7 “Adams era o Presidente dos Estados Unidos e seu Secretário de Estado, Jonh Marshall. Ambos pertenciam ao Partido Federalista, que foi fragorosamente derrotado por Jefferson e seus partidários. O novo Presidente e o Congresso deveriam ser empossados meses depois, tempo suficiente para que Adams efetivasse o seu testamento político. A fórmula encontrada pelos federalistas foi a de nomear os – digamos – correligionários para os cargos do Judiciário, onde usufruiriam das conhecidas garantias de vitaliciedade e de irredutibilidade de vencimentos. Um dos beneficiados disso foi Marshall, nomeado, depois de aprovação pelo Senado, para Presidente da Suprema Corte, cargo que acumulou com o de Secretário de Estado até a véspera da posse do novo Governo. Neste ínterim, entre a derrota eleitoral e a posse do novo Governo, Marshall procurou desincumbir-se da missão, mas não conseguiu entregar todos os títulos de nomeação, não obstante já perfeitos, inclusive assinados pelo Presidente e selados com o selo dos Estados Unidos. Um dos títulos não entregues nomeava Willian Marbury para o cargo de Juiz de Paz, no condado de Washington, no Distrito de Columbia. Quando Jefferson assumiu, determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título da comissão a Marbury, por entender que a nomeação era incompleta até o ato de entrega da comissão. Marbury não tomou posse do cargo, e, por isso, requereu ao Tribunal a notificação de James Madison para que apresentasse suas razões, pelas quais não lhe entregava o título de nomeação para possibilitar-lhe a posse. Tais razões poderiam embargar um eventual pedido de writ of mandamus. Madison silenciou e não apresentou os embargos para o que fora notificado. Marbury, então, interpôs o mandamus. O mérito da causa só foi decidido dois anos mais tarde, quando Marshall declarou o direito de Marbury à posse do cargo de Juiz, e conseqüentemente consolidava uma jurisprudência do Judicial Review desconfortável para o Governo Republicano de Jefferson e cômoda para os Federalistas, que eram absoluta maioria no Poder Judiciário, devido à nomeação dos novos judgeships por Adams.” (BARBOSA, Ruy. *Cartas de Inglaterra: O Congresso e a Justiça no Regimento Federal*, 2ª ed., São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1929. p. 418).

§2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Entretanto, essa eficácia vinculante ainda não era estendida as decisões proferidas no campo das ações diretas de inconstitucionalidade, que possuíam apenas eficácia contra todos. Tal distorção foi sanada com a edição da Lei nº 9.868/98 e, posteriormente, com a formulação da Emenda Constitucional nº 45/04, a qual equiparou os efeitos das decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Com efeito, o art. 102, §2º da Constituição Federal prescreve que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade tem eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Para os defensores da teoria da transcendência dos motivos determinantes, existe uma distinção entre eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. A eficácia contra todos se encontra adstrita à parte dispositiva da decisão; já o efeito vinculante transcende a parte dispositiva, de modo que também os fundamentos – ou motivos determinantes – da decisão passam a vincular a Administração Pública, em todas as esferas. Com relação à origem da teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade é mister colacionar o magistério de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes:

Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*). A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Consequência semelhante se

tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C⁸.

Ainda no mesmo sentido, Marcelo Alves Dias afirma:

[...] efeito vinculante atinge também os fundamentos determinantes da decisão, que devem ser observados por todos os tribunais no julgamento de casos futuros à decisão. Assim – e essa é a consequência prática mais importante – o efeito vinculante transcende o caso da norma em particular, objeto de controle na decisão, uma vez que a idéia jurídica que está por detrás da parte dispositiva, ou seja, o fundamento é também vinculante para o controle de constitucionalidade de normas semelhantes, quanto essa idéia jurídica ou fundamento é também aplicável⁹.

De fato, a concepção de efeito vinculante transcendente encontra fundamento no §31, inciso I, da Lei Orgânica Alemã e está ganhando cada vez mais respaldo perante o Supremo Tribunal Federal, sendo que o debate da teoria em estudo iniciou-se no julgamento da Reclamação nº 1.987/DF, em 01 de outubro de 2003. Nesse sentido, confira-se o voto proferido por Gilmar Ferreira Mendes:

Ora, por se tratar de decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, “a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros¹⁰.

Por ocasião do julgamento da citada Reclamação, manifestou-se o Ministro Maurício Corrêa, Relator, no seguinte sentido:

8 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868*. Vol. I, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 542.

9 SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à Súmula Vinculante*. Vol. I, 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 219.

10 STF, Rel 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 01.10.2003, DJ 21.05.2004, p. 183.

os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional¹¹.

A partir de tal Reclamação, outros julgados da colenda Corte reafirmaram a idéia de aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões, entendendo, ainda, que seria cabível a Reclamação ainda que o parâmetro fosse decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. Com efeito, na Reclamação nº 4.335-5-MC/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, foi deferida medida liminar para assegurar a subsistência do entendimento do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC nº 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, quando declarada a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos sobre a vedação de progressão do regime (Lei nº 8.072/90, art. 2º, §1º).

Há, portanto, julgados do colendo o Supremo Tribunal Federal afirmando que as decisões exaradas tanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como em sede de controle difuso de constitucionalidade possuem eficácia vinculante não apenas em face à parte dispositiva declarada, mas também em face dos motivos que determinaram a decisão (*ratio decidendi*), tudo isso com o intuito de tentar impedir a violação ao conteúdo essencial do acórdão.

Assim, igualmente, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, assistiu-se ao efeito transcendente dado em acórdão do Recurso Extraordinário nº 197.917, o qual definiu os critérios da proporcionalidade na fixação do número de vereadores por município. Na ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou: “Embora se cuide de um caso concreto, e malgrado a minha respeitosa dissonância da maioria, é preciso dar uma orientação uniforme a esse respeito para todo o país” (STF, RE nº 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 24.03.2004, DJ 07.05.2004, p. 238).

No mesmo sentido, entende Gilmar Ferreira Mendes que a declaração de inconstitucionalidade efetuada no Recurso Extraordinário não necessitaria ser examinada pelo Senado Federal, na orientação do art. 52, X, da Carta Magna, caso haja na lide objeto de julgamento o reconhecimento expresso do efeito transcendente. Confira-se:

¹¹ Ibid.

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal¹².

Ressalte-se, entretanto, que o entendimento explanado acima não se encontra pacificado nem na Corte Superior, nem na doutrina pátria, havendo inúmeros magistrados e doutrinadores sustentando exatamente o contrário, ou seja, que o efeito vinculante estaria limitado à parte dispositiva da decisão.

Cabe, agora, indagar os motivos da adoção, por parte da Suprema Corte e da doutrina, sob a influência do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, da teoria da transcendência dos motivos determinantes nos moldes já delineados no decorrer do presente artigo.

Em primeiro plano, essa preocupação realçada tanto na Corte Maior, como no magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de se preservar, em sua integralidade, a força normativa da Constituição. Tal força normativa pode ser entendida como a indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja eficácia, integralidade e aplicabilidade hão de ser valorizadas, tendo em vista a sua autoridade e grau hierárquico, como enfatiza o magistério doutrinário.¹³

A força normativa da Constituição foi uma idéia que demorou a emergir no continente europeu e, em consequência, no Brasil. Tal dificuldade se deveu às idéias de Ferdinand Lassale. É que Lassale possuía uma visão sociológica da Constituição, chegando a conceituá-la como uma simples folha de papel. Fundamentava sua idéia no fato de que a sociedade não poderia ser usurpada de sua soberania em virtude de um texto comumente denominado de Maior.

No início do século XX, o advento das idéias de Hans Kelsen, das quais se extraía a noção de que as normas constitucionais possuíam hierarquia entre si e também o caso já citado americano Madison x

12 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. Vol. I, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 277.

13 PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. 2. ed., São Paulo: RT, 1999. p. 50-57.

Marbury, já no século XIX, começaram a introduzir a idéia de uma força superior da norma constitucional sobre a lei.

Foi então que Konrad Hesse, opositor do pensamento de Lassale, cria a idéia de “vontade da Constituição”. Tal idéia remete à força normativa da Constituição. Na expressão de Konrad Hesse:

A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser

(Sein) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço na nossa indagação. Como

anteriormente observado, essa separação pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo¹⁴.

De fato, as normas constitucionais são, sobretudo, relações de poder; ou seja, uma Constituição tem um caráter extremamente político, sendo fruto das forças sociais em um dado momento.

Assim, segundo Hesse, uma Constituição não pode constituir apenas uma folha de papel, eis que tal imagem conduziria a uma total desmoralização de todos os propósitos de que se reveste uma Constituição. Por revelar, então, os anseios de uma sociedade em determinado cenário político-jurídico, é que se há de atribuir força normativa a todos os princípios e normas que se revelam na Constituição.

Assim, a transcendência dos motivos determinantes da decisão proferida em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade visa, sobremaneira, consolidar o princípio da força normativa da Constituição. É necessária uma observância uniforme por todos os Tribunais dos princípios que emergem da Constituição, de maneira que os princípios dimanados sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros. Nesse sentido, veja-se a lição de Américo Bedê Freire Júnior:

14 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 13-14.

O legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição, o Juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição. O Juiz não é mais a simples boca da lei, mas sim intérprete constitucional qualificado que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. Tal postura é ínsita à nova leitura da separação de poderes, adequada a nosso tempo de globalização e falta de paradigmas. Não podemos pensar a separação de poderes com os fundamentos de uma sociedade que não mais existe; ao contrário, devemos construir um princípio que possa ter aplicação em nossos dias. Para o cumprimento desse mister é indispensável vislumbrar no princípio da separação de funções não um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, devendo o Judiciário, portanto, nesse novo momento, atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição¹⁵.

Além do objetivo de conferir eficácia e utilidade à fiscalização concentrada, conferindo força aos pronunciamentos das Cortes Constitucionais, a teoria da força vinculante dos motivos determinantes almeja, também, preservar o princípio da segurança jurídica e ressaltar o princípio da eficiência.

Poderíamos, então, resumir como objetivos do efeito vinculante: a) pôr fim a uma série de decisões referentes a questões constitucionais em processos concretos, visando através de uma decisão definitiva, vincular os Juízes de primeiro grau e Tribunais inferiores, bem como o Poder Executivo e, dessa maneira, diminuir o número de feitos que chegam diariamente na Suprema Corte; b) buscar uma maior homogeneidade das decisões judiciais e propiciar uma maior segurança jurídica.

Com efeito, a segurança jurídica é corolário necessário do Estado Democrático de Direito, de forma que necessita, sempre, ser preservada. O princípio da eficiência tem respaldo constitucional e também precisa ser validado, até para fins de cumprimento efetivo dos dispositivos insculpidos na Carta Magna. Assim, é para manter a força normativa da Constituição Federal e para preservar a segurança jurídica e dar efetividade ao princípio da eficiência que parte da Corte Suprema tem

15 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. Porto Alegre: *Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm >. Consultado em 13.08.2008.

adotado a teoria da transcendência dos motivos determinantes tanto no controle difuso como no controle concentrado de constitucionalidade.

2 ENTRE A EFICIÊNCIA E A LEGITIMIDADE: A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES É COMPATÍVEL COM UMA CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DE DIREITO?

Na seção anterior foi conceituada a teoria da transcendência dos motivos determinantes, com ênfase na sua aplicação no âmbito das decisões proferidas pela Corte Superior, tanto em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, como em sede de controle difuso de constitucionalidade. Houve, também, uma digressão acerca do histórico de tal teoria, de como ela se situa na evolução do controle de constitucionalidade e, por fim, foram narrados os motivos para a adoção da já citada teoria.

Nesse segundo capítulo, irei fazer, em primeiro lugar, um levantamento de algumas desvantagens e conseqüências na adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado e difuso de constitucionalidade. Depois, tentarei narrar quais seriam os limites que deveriam ser impostos à Corte Suprema para que uma suposta adoção de tal teoria da transcendência não transforme a Corte Maior em um órgão autoritário e discricionário.

A principal conseqüência é o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, como já foi visto, as suas decisões passariam a ter efeitos vinculantes e eficácia contra todos não apenas no controle concentrado que lhe é próprio, mas também nas decisões proferidas no controle difuso.

Outra conseqüência será um aparente esvaziamento do papel do Senado Federal na suspensão da execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela via difusa, conforme previsão insculpida no art. 52, X da Carta Magna. Essa atribuição do Senado Federal tem previsão longa na prática constitucional brasileira. Com criação desde a Carta Política de 1934 (arts. 91, IV e 96), todas as Constituições posteriores a previram. Tal competência é exercida pelo Senado Federal, após comunicação advinda do Supremo Tribunal Federal, tendo o Senado discricionariedade para suspender o ato normativo e a lei declarada inconstitucional pela Corte Suprema, no âmbito da declaração incidental.

Ocorre que, nesse contexto de crescente vinculação das decisões proferida pela Corte Maior, a necessidade de comunicação do Senado Federal para que, se assim entender conveniente, suspenda a execução

de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal vem sendo objeto de questionamento, inclusive por este próprio Tribunal. Com efeito, confira-se trecho do voto proferido pelo ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes, nos autos da Reclamação nº 4.335-5/AC:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantassem a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica¹⁶.

Dessa forma, adotando-se a teoria da transcendência em estudo, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no campo do controle difuso de constitucionalidade teriam efeitos vinculantes em relação à coletividade, independentemente da expedição de resolução pelo Senado Federal que, se editada, serviria apenas para conferir uma maior publicidade à decisão então proferida. Nesse sentido:

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. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa 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. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever

16 STF, Rel 4.335-5/AC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 19.04.2007, DJ 27.04.2007, p. 45.

de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã, art. 31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei (*Gesetzeskraft*) [Lei do Bundesverfassungsgericht, §31, (2)]. Segundo Klaus Vogel, o §31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade. Essa ampliação somente se aplicaria, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê¹⁷.

Percebe-se, pois, que há uma nítida mitigação do dispositivo insculpido no art. 52, X da Carta Federal, tornando, portanto, letra morta a norma segundo a qual proferida decisão declarando a inconstitucionalidade de lei em controle difuso de constitucionalidade, cabe ao Supremo Tribunal remeter tal *decisum* ao Senado Federal para que este suspenda (ou não) a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela Corte Maior.

Nesse ponto, pode-se inferir que outra consequência da adoção da transcendência dos motivos determinantes é a transformação da Suprema Corte em criadora de normas legais e, ainda, a diminuição dos legitimados para fins de controle difuso, o que vai de encontro aos anseios do moderno constitucionalismo. Por fim, há de se frisar, novamente, que esse “super-poder” do STF, instituído pela adoção da teoria da transcendência, não lhe foi conferido pelo constituinte originário.

De fato, não existe como, pelo critério interpretativo, se modificar o estatuído pelo constituinte originário, que, bem ou mal, exigiu como condição para conceder eficácia *erga omnes*, a edição de Resolução pelo Senado Federal. Entendimento diverso, além de não encontrar eco na Constituição, desvirtuaria nosso controle misto de constitucionalidade, historicamente sedimentado, sepultando o controle difuso ou incidental. Com efeito, a transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle de constitucionalidade tanto concentrado como difuso de

17 NICZ, Alvacir Alfredo; JÚNIOR KOZIKOSKI, Antonio Cláudio. O papel do Senado Federal não jurisdição constitucional brasileira: algumas considerações sobre o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal à luz da doutrina dos efeitos vinculantes, p. 20. In: *Revista Forense*, São Paulo, ano 103, vol. 394, p. 20, novembro-dezembro 2007.

constitucionalidade tem o condão, ainda, de praticamente igualar esses dois instrumentos de controle judicial, sendo que, como já foi dito, não foi essa a vontade do Poder Constituinte Originário.

Por fim, outra conseqüência seria o engessamento dos demais Tribunais e Juízes, comprometendo a força inovadora de eventuais votos dissidentes (ou vencidos):

A mesma idéia de abertura deveria decidir o debate sobre se a eficácia vinculativa do art. 31 do LTCFA afeta apenas o acórdão ou também a ratio decidendi ou fundamentos jurídicos nos quais ele se apóia. O TCFA inclina-se para essa segunda postura na medida em que ele próprio alude muitas vezes (e de forma consciente) a sua função de ‘intérprete determinante e guardião da Constituição’ (E40, 88[93]). Essa ‘canonização’ da ratio decidendi deve ser recusada, segundo a tese aqui defendida de uma compreensão processual dinâmica da Constituição. Caso se estenda a força vinculativa das decisões também à ratio decidendi, o ‘diálogo jurídico’ seria afetado, os restantes tribunais perderiam a coragem para efetuar outras interpretações da Constituição e a força inovadora dos eventuais votos dissidentes seria minimizada. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição ficaria, pelo menos em parte, ‘fechada’¹⁸.

Poderíamos, então, sintetizar as desvantagens da adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes assim: a) o desrespeito às competências estabelecidas constitucionalmente; tal conduta abriria um perigoso precedente porque a jurisprudência dos Tribunais Superiores estaria construindo um pensamento que contraria o texto constitucional; (b) uma conseqüente fragilização da Constituição Federal; c) um “super-poder” conferido a Suprema Corte, tendo em vista que esta passaria até mesmo a retirar do Ordenamento Jurídico leis devidamente formadas pelo órgão incumbido para tanto.¹⁹

18 HABERLE, Peter. *O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional*. In: Direito Público, Porto Alegre, ano 01, n. 02, p. 83-137, outubro-dezembro 2003.

19 “A primeira que vislumbramos é o desrespeito às competências estabelecidas constitucionalmente, o que abriria um perigoso precedente em que a jurisprudência estaria construindo um pensamento que contraria o texto constitucional, e se isso for admitido, por via de conseqüência, a própria Constituição estaria sendo fragilizada.(...) A hipertrofia do Poder Judiciário diante dos outros poderes da República, tendo em vista que praticamente o STF teria o poder de retirar do ordenamento jurídico uma proposição legislativa que foi transformada em lei, seguindo o devido processo legislativo constitucional, pela apreciação de qualquer processo subjetivo, por inconstitucionalidade na via incidental.” (LIMA, Jonatas Vieira de. *A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro*. Teresina: Jus Navigandi, ano 11. [on line] Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 17 set. 2008.

Verificada, assim, as consequências e desvantagens da utilização da teoria da transcendência dos motivos determinantes no âmbito do Poder Judiciário, tentarei, agora, fazer um estudo acerca das limitações que devem ser imposta a Suprema Corte, para que seja legítima a sua atuação quando ao caso for aplicável a transcendência.

A primeira limitação que vislumbro seria no sentido de que a aplicação da teoria em estudo só seria válida se externasse valores justos, fosse lastreada na equidade e, por fim, obedecesse ao princípio de razão pública insculpido por John Rawls e promovesse a integridade do Direito nos moldes descritos por Ronald Dworkin.

No que pertine ao presente artigo, será feita uma digressão acerca do que seria essa razão pública, suas características, seu objeto e conteúdo.

A forma como uma sociedade política articula seus planos, coloca seus fins em uma ordem de prioridade e toma suas decisões de acordo com esse procedimento é chamada de razão pública. A razão pública, segundo John Rawls, é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o status da cidadania igual. O objeto da razão pública é o bem do público.

Ainda segundo John Rawls:

Portanto, a razão pública é pública em três sentidos: enquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceito são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base²⁰.

Em uma sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar a Constituição.

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que os limites impostos pela razão pública apenas se aplicam às questões políticas que envolvem os elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. Mas o que seriam esses elementos constitucionais essenciais e justiça básica? Primeiro, são os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; o alcance da regra da maioria.

20 RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000. p. 262.

Segundo, são os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar.

Dessa forma, uma decisão só terá legitimidade, ou seja, só será aceita pela razão pública quando for tomada nos termos de uma Constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de princípios e ideais aceitáveis para eles, enquanto razoáveis e racionais. Assim, quando uma decisão judicial é sustentada por um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis, isto é, é considerada aceita por todos, pode-se afirmar que ela está calcada em uma razão pública.

O conteúdo da razão pública engloba a concepção política de justiça. Isso, ainda nos termos expendidos por John Rawls, significa três coisas:

- a) esse conteúdo leva em conta certos direitos, liberdades e oportunidades fundamentais;
- b) esse conteúdo considera esses direitos, liberdades e oportunidades como sendo prioritários, sobretudo no que diz respeito às exigências do bem-estar geral;
- c) esse conteúdo vem imbuído de medidas que garantem a todos os cidadãos os meios para tornar efetivo o uso de suas liberdades e oportunidades básicas.

O mais importante em uma decisão baseada nos ditames da razão pública é que ela deve conter princípios que se pode razoavelmente esperar que os outros subscrevam. Para se chegar nesse consenso sobreposto é que John Rawls nos remete ao que denomina posição original.

Na posição original de Rawls, as partes encontram-se encobertas pelo “véu da ignorância”. Como corolário desse “véu”, não se permite que as partes conheçam suas posições sociais ou as doutrinas abrangentes específicas das pessoas que elas representam. As partes também ignoram a raça e grupo étnico, sexo ou outros dons naturais como a força e a inteligência das pessoas. Dessa maneira, as partes se encontram em uma posição de igualdade que as permite estabelecer um consenso do que seja justo e razoável para uma determinada sociedade.

Nesses termos, a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública, ou seja, é função dos Juízes procurar desenvolver e expressar as melhores interpretações que puderem fazer da Constituição, usando seu conhecimento daquilo que esta e os precedentes constitucionais requerem. Toda decisão da Suprema Corte deverá ser pautada, ainda, nos ditames prescritos pelo já citado consenso sobreposto, ou seja, toda

decisão deverá conter valores que se pode razoavelmente esperar que os outros cidadãos subscrevam.

Igualmente, ao decidir, os Juízes não podem invocar sua própria moralidade particular, nem os ideais e virtudes da moralidade em geral, nem suas visões religiosas ou filosóficas, nem as de outras pessoas. Devem, sim, decidir com base nos valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e de razão pública.

Segundo John Rawls:

A concepção de Constituição-garantia visa assegurar o direito de cada indivíduo realizar o seu projeto pessoal de vida através da constitucionalização das liberdades básicas. Embora os cidadãos tenham o direito de adotar uma concepção individual acerca do bem, também são capazes de endossar uma concepção política de justiça através do uso público da razão, decidindo questões constitucionais essenciais e de justiça fundamental a partir de valores exclusivamente políticos, vale dizer valores sobre os quais não há divergência possível. Em uma sociedade liberal o uso público da razão se reflete em valores políticos compartilhados por todos os seus cidadãos, implícitos na cultura política democrática, acordados por toda a sociedade. Isto posto, a Constituição é aquilo que o povo diz que é, e não o que a Suprema Corte decide. Então, a função da Suprema Corte é assegurar que a vontade democrática do povo, inscrita na Constituição, não seja desvirtuada por procedimentos majoritários que ultrapassam o âmbito do uso público da razão²¹.

Assim, segundo Rawls, a Suprema Corte pode atuar de duas formas: a) defensiva, quando utiliza o instituto do *judicial review* declarando a inconstitucionalidade de leis ordinárias incompatíveis com o ideal democrático; b) positiva, quando invoca valores políticos que embasam a Constituição através de seus julgamentos, esclarecendo o uso da razão pública, situando os valores políticos no centro do debate público.

É na atuação positiva da Corte Suprema que se situa a aplicação da teoria da transcendência. Dessa forma, como já foi dito, tal aplicação só será legítima se for respaldada nos princípios de razão pública.

Por outro lado, a aplicação da teoria da transcendência em estudo só será legítima se obedecer, também, ao princípio da integridade do

21 RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000. p. 220.

direito, nos termos estudados por Ronald Dworkin. De fato, segundo Dworkin, devemos entender o Direito como integridade. Em outras palavras, homens livres e iguais dão-se normas para regular sua vida em sociedade, sendo que essas normas devem ser concebidas como um todo.

Não há, portanto, a faculdade do Magistrado “retalhar” as normas por ocasião da sua decisão; devem, ao contrário, decidir sempre concebendo o Ordenamento Jurídico como um conjunto coeso e coerente de normas. É necessário que o Juiz atente para a legislação, os princípios que a orientam e para os precedentes judiciais sobre a lide, buscando sempre manter a integridade/coerência do sistema.

A integridade a que se refere Dworkin significa, sobretudo, uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteados. Ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada fortemente no método subsuntivo, numa aplicação mecânica das regras legais identificadas pelo juiz ao caso concreto, o modelo construtivo de Dworkin propõe a inserção dos princípios, ao lado das regras, como fonte do Direito²².

Ainda segundo Dworkin, o Direito deve ser visto como uma cadeia lógica de peças, onde as mesmas devem expressar um todo coerente e coeso. Nos termos ainda expendidos pelo citado doutrinador, vivemos em uma comunidade de princípios, sobretudo de princípios morais, consubstanciados através dos direitos fundamentais. Assim, na colisão entre argumentos de princípios e argumentos de política, o Magistrado deve sempre recorrer ao argumento de princípio.

Aqui reside uma das limitações ao princípio da transcendência: a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político. Sobre a questão, confira-se mais uma vez os ensinamentos de Dworkin:

O vício das más decisões são as argumentações e as convicções equivocadas; tudo que podemos fazer a respeito dessas más decisões é mostrar como e onde os argumentos eram ruins ou as convicções inaceitáveis. Também devemos evitar a armadilha em que têm caído tantos professores de direito: a opinião falaciosa de que, como não

22 BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 121.

existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más, e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil, nenhum argumento é melhor do que outro, e o raciocínio jurídico é uma perda de tempo. Devemos insistir, em vez disso, em um princípio geral de genuíno poder: a idéia, inerente ao conceito de direito em si, de que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam. A integridade no direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político. Essa aparente banalidade é freqüentemente ignorada: a posição atual do Supremo Tribunal Federal sobre a questão politicamente delicada da ação afirmativa, por exemplo, não pode ser justificada a partir de nenhum conjunto coerente de princípios, ainda que extremamente conservadores. Em segundo lugar, como os juízes O'Connor, Kennedy e Souter enfatizaram em seu parecer sobre o caso Casey, a integridade se afirma verticalmente: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma horizontalmente: um juiz que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas.

Sem dúvida, nem mesmo a mais escrupulosa atenção à integridade, por parte de todos os juízes de todos os tribunais, irá produzir sentenças judiciais uniformes, assegurar decisões que você aprove ou protegê-lo daquelas que odeia. Nada poderá fazer tal coisa. O ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade: somos governados não por uma lista ad hoc de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no cerne de nossa história²³.

Assim, a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes no âmbito da Corte Suprema apenas será legítima caso

²³ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 203-205.

seja apoiada na razão pública e obedeça, ainda, o princípio da integridade do Direito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto, podemos chegar a conclusão que a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da teoria da transcendência dos motivos determinantes em sede de controle de constitucionalidade realmente confere uma maior eficácia, segurança jurídica e celeridade ao Ordenamento Jurídico como um todo. Além disso, não podemos deixar de reconhecer que preserva, na sua integralidade, a força normativa da Constituição.

De fato, em um Estado Democrático de Direito, busca-se, acima de tudo, preservar a força normativa da Constituição, valorizando, por conseguinte, a integridade, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

Ocorre que inobstante todas as vantagens na adoção da teoria em estudo, não se pode olvidar das desvantagens em tal adoção. É que haveria, dentre outras desvantagens já elencadas, uma hipertrofia do Poder Judiciário, pois praticamente o Supremo Tribunal Federal teria o poder de retirar do Ordenamento Jurídico uma proposição legislativa que foi transformada em lei. Isso transforma a Corte Suprema em um “super-poder”, conferindo-lhe atribuições que não foram nem mesmo previstas pelo Poder Constituinte Originário.

Assim, para que a adoção da teoria já citada não transforme o Corte Maior em um órgão autoritário e portador de decisões ilegítimas é que creio ser primordial o estabelecimento de limites a esse “super-poder”. Tais limites seriam, como já foi mencionado, a razão pública e o princípio da integridade do direito.

Em suma, realmente a teoria da transcendência dos motivos determinantes no âmbito do Poder Judiciária se revela como um mecanismo vantajoso, mas apenas se a sua aplicação for respaldada na razão pública e visar preservar a integridade do direito como um todo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; PINHEIRO, Luciano José. *O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2008.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. v. I, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *A separação dos poderes (funções) nos dias atuais*. Porto Alegre: *Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Disponível na internet via http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm >. Consultado em 13.08.2008.

HABERLE, Peter. *O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional*. In: *Direito Público*, Porto Alegre, ano 01, n. 02, out./dez. 2003.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Die Normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. v. I, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA, Jonatas Vieira de. A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. Teresina: *Jus Navigandi*, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 17.09.2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868*. v. I, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. v. I, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. v. I, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional: controle de normas no Brasil e na Alemanha*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Os efeitos das decisões de inconstitucionalidade: técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, São Paulo, 2005.

NICZ, Alvacir Alfredo; JÚNIOR KOZIKOSKI, Antonio Cláudio. O papel do Senado Federal não jurisdição constitucional brasileira: algumas considerações sobre o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal à luz da doutrina dos efeitos vinculantes. In: *Revista Forense*, São Paulo, ano 103, v. 394.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000.

ROCHA, Patricia Barcelos Nunes de Mattos. *As Cortes Supremas e a interpretação constitucional*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/imprensa.asp?id=1738>>. Acesso em: 16.09.2008.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à Súmula Vinculante*. v. I, 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para a uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. *O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf>. Acesso em: 15/01/2008.

ARRUDA, Paula Regina. *Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional*. Estudo comparado com Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Algumas discussões contemporâneas do direito constitucional no Brasil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 31/10/2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2424>. Acesso em: 21/01/2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 dez. 2007.

BERNARDES, Juliano Taviera. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? In: *Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. Malheiros, 2007.

CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial da constitucionalidade das leis*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARRILLO, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madri: Boletín Oficial del Estado, 1995.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 1989.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *O Valor da Constituição – Do controle de constitucionalidade como garantia da suprema legalidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

FERRARI, Regina Maria Maceo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.

GOMES, Natacha Nascimento. *Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Roger Stielman. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. Comentários à Lei n. 9.868, de 10/11/1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: controle de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Da necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário. ((art. 102, §3º da CF/88))*. In: Revista Dialética de Direito Processual, v. 32, 2005.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. 2. ed. rev. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Jurisdição constitucional e separação de poderes: limites e legitimidade do controle da constitucionalidade das leis. *Revista da pós-graduação em direito da Unicap*, Recife, v.1, n. 1, jan. 2002.

SIERRA, Raul Bocanegra. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro & Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário (analisada e comentada)*. São Paulo: Método, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.