

## A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Ricardo Muciato Martins<sup>1</sup>

Mônica de Oliveira Pereira<sup>2</sup>

Juliana Claudia dos Santos Tamura Bispo<sup>2</sup>

Elaine de Araújo Simplício<sup>2</sup>

MARTINS, R. M.; PEREIRA, M. de O.; BISPO, J. C. dos S.; SIMPLÍCIO, E. de. A. A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umuarama. v. 14, n. 1, p. 45-53, jan./jun. 2011.

**RESUMO:** O presente artigo investiga a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso de constitucionalidade, no direito brasileiro, pois o Supremo Tribunal Federal – STF, no controle concentrado de constitucionalidade, firmou entendimento no sentido de que o efeito vinculante de suas decisões não se restringe à parte dispositiva do julgado, mas estende-se aos fundamentos determinantes da decisão, em razão do princípio da supremacia formal e material das normas constitucionais. Também, pesquisa a relação entre a teoria da transcendência e a concreção dos direitos fundamentais. Por tratar-se de artigo de revisão de literatura, a pesquisa foi bibliográfica, com consulta a decisões judiciais, acórdãos, súmulas, livros, artigos científicos, documentos eletrônicos (*internet*), dentre outros materiais. Concluiu-se que a teoria da transcendência também se aplica ao controle difuso, e que esta tendência irá se firmar no STF, o qual sustenta sua posição sob o argumento de ampliar a eficácia dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Efeito vinculante. Supremo Tribunal Federal. Supremacia constitucional.

---

### I - INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal – STF firmou entendimento acerca da possibilidade da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito das Relações Públicas. Professor de Direito Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais e Pesquisador do Programa Institucional de Pesquisa da Universidade Paranaense – UNIPAR. Endereço para correspondência: Avenida Presidente Castelo Branco, 3516, Ed. Renoir, apto. 304, Zona I, Umuarama/PR., CEP 87.501-170. E-mail: muciato@unipar.br.

Instituição Financiadora da Pesquisa: Universidade Paranaense – UNIPAR

<sup>2</sup>Alunas do Curso de Direito da UNIPAR - Umuarama - PR

controle concentrado de constitucionalidade, não sendo pacífico naquela Corte, porém, a aplicação do mesmo princípio em relação ao controle difuso.

O objetivo principal do projeto é investigar a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso de constitucionalidade, bem como a relação desta teoria com a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, analisar criticamente se a aplicação da teoria da transcendência favorece realmente a realização dos direitos fundamentais.

A necessidade de determinar-se a possibilidade da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso de constitucionalidade, bem como sua utilidade para a concreção dos direitos fundamentais, mostra-se de extrema relevância para o momento histórico vivido no país, principalmente quando o STF se propõe a firmar-se como verdadeira Corte constitucional.

Em decisão de 2002, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes introduziu a teoria da transcendência nas decisões do STF em controle de constitucionalidade por via de ação, cuja aplicação tornou-se pacífica em relação ao controle concentrado. A teoria tem origem no direito alemão, sustentando o Tribunal Constitucional daquele país que o efeito vinculante se estende para além da parte dispositiva, abarcando os fundamentos determinantes da decisão.

Desta forma, necessário se faz verificar a aplicação da teoria da transcendência nas decisões em controle difuso de constitucionalidade, como também o uso que se dá a este instrumento, ou seja, se para a efetivação dos direitos fundamentais ou simplesmente com fins ideológicos.

## **II – A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES**

A teoria da transcendência dos motivos determinantes, como afirmado anteriormente, tem sua origem no direito germânico, por entender o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante não pode ser restringido à parte dispositiva de suas decisões, devendo, ao contrário, se estender aos motivos que se mostraram determinantes, ou fundamentais, para se chegar a tal entendimento.

A relevância da teoria da transcendência é ampliar o efeito vinculante, fazendo-o alcançar matérias fronteiriças ao verdadeiro objeto da ação, mas que estão umbilicalmente ligadas a este, e que se tornaram também foco da decisão, sendo exaustivamente discutidas e sobre as quais a Corte firmou entendimento.

Assim, tendo em vista princípios como economia e celeridade processual, eficácia e segurança jurídica, dá-se efeito vinculante também a essas matérias que, caso viessem a se tornar objeto de ação futura, apenas aumentariam a mora processual, pois que em seu mérito as mesmas já foram submetidas à discussão

e voto.

A grande questão que se apresenta é quanto aos critérios para a definição acerca de quais motivos devem ser considerados determinantes, posto que a decisão judicial sempre exige motivação, mas nem todas as razões apontadas são essenciais para a sentença.

Tem-se então que diferenciar, conforme traz Pedro Lenza (2008, p. 171) o *obter dictum*, da *ratio decidendi*:

*Obter dictum* ('coisa dita de passagem') são comentários laterais, que não influem na decisão, sendo perfeitamente dispensáveis. Portanto, não vinculam para fora do processo. Por outro lado, a *ratio decidendi* é a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação. Nessa hipótese, o STF vem entendendo que a 'razão da decisão' passa a vincular outros julgamentos.

Desta forma, interessante se mostra a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, mas deve-se ter a cautela devida quanto à sua aplicação, que se apresenta como novidade no ordenamento jurídico e, como tal, não é recepcionada por unanimidade. Para isso, veja-se a seguir o entendimento doutrinário acerca do tema.

### III – ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

A teoria da transcendência dos motivos determinantes ganhou espaço no Direito brasileiro notadamente pelo trabalho do Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, o qual, no julgamento da Reclamação n. 2.126, D.J. de 19/08/2002, reconheceu que:

Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão (BVerfGE 1, 14 (37); 4, 31 (38); 5, 34 (37); 19, 377 (392); 20, 56 (86); 24, 289 (294); 33, 199 (203); 40, 88 (93); cf., também, Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 31, I, n. 16; Norbert Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung, Berlim, 1979, p. 42 ). Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros (BVerfGE 19, 377).

Sobre esta questão, além da ponderação acerca da diferença entre *obter dictum* e *ratio decidendi*, acima exposta, Pedro Lenza (2008, p. 153) informa que a aplicação da teoria não é pacífica na Corte Suprema, expondo que:

Percebe-se, atualmente, destacando-se dois importantes precedentes (o caso de “Mira Estrela” e a discussão sobre a constitucionalidade da “progressão do regime na lei dos crimes hediondos”), uma nova tendência no STF (**ainda não pacificada**) de se aplicar a chamada teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença (*ratio decidendi*) também para o controle difuso (sem negrito no original). (LENZA, 2008, p. 153).

Ocorre que no controle difuso, a doutrina e a jurisprudência do STF eram no sentido de que os efeitos da decisão se mantinham *inter partes*, tornando-se *erga omnes* apenas após a suspensão, pelo Senado Federal, da norma declarada inconstitucional pelo STF, por sentença da transitada em julgado, nos termos do art. 52, X, da atual Constituição Federal brasileira: “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Desta forma, um enorme passo seria atribuir à decisão em controle difuso, efeito *erga omnes*, verdadeiro caso de mutação constitucional em relação ao art. 52, X, da Constituição Federal, e ainda aplicar à decisão a teoria da transcendência.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco (2004, p. 164), no entanto, assim se pronunciam:

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.

Ainda:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto* (FERRAZ, 1986, p. 64 et seq, 102 et seq; JELLINEK, 1991, p. 15-35; HSÜ, 1998, p. 68 et seq.). (MENDES; COELHO; BRANCO, 2.004, p. 165).

Mas ao fazerem tal afirmação, esquecem-se das profundas diferenças procedimentais da ação no controle difuso e controle concentrado. No controle difuso a discussão quanto à constitucionalidade, tema deste trabalho, é incidental e dispensa uma participação maior das instituições essenciais à função jurisdicional.

Diante de tal realidade, percebe-se que a discussão e a produção de provas quanto à constitucionalidade fica adstrita as partes no processo. A polarização da discussão entre autor e réu, sem a presença de outros atores sociais que podem ter interesse direto na questão, e com capacidade para produzir argumentos e trazer informações indispensáveis à melhor solução da lide, faz com que a resposta do Judiciário perca em qualidade. Tornar, então, esta decisão *erga omnes* é um risco que talvez não se deva correr e, a isso, ainda somar-se a transcendência dos motivos determinantes, é temerário.

Ao contrário, no controle concentrado de constitucionalidade a discussão sobre a matéria ganha ares mais abrangentes, envolvendo outros atores essenciais à função jurisdicional, como o Procurador-Geral da Justiça e o Advogado-Geral da União. Não se pode esquecer ainda da possibilidade de intervenção de terceiros e da figura do *amicus curiae*, que devem se habilitar no processo. Por fim, o relator poderá também ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado.

Quanto ao assunto, relembra-se agora a redação do art. 103 da Constituição Federal brasileira de 1988, excertos:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

André Ramos Tavares (2007, p. 348), no sentido da orientação tradicional do STF, anteriormente exposta, é no sentido de que:

As decisões do S.T.F. quando declaram a inconstitucionalidade de uma lei por via difusa, não apresentam eficácia *erga omnes*. Nesse caso, para que a adquiram, dependem de manifestação volitiva do Senado Federal.

Alexandre de Moraes (2008, p. 715), procurando contemporizar a situação, tenta contornar a questão da atribuição de efeito *erga omnes* à decisão do STF no controle difuso, se diretamente pela Corte ou pelo Senado Federal, ao observar que após a Emenda Constituição nº 45, de 2004, o STF pode editar súmula com efeito vinculante: “[...] que deverá guardar *estrita especificidade* com o assunto tratado, permitindo que se evite a demora na prestação jurisdicional em inúmeras e infrutíferas ações idênticas sobre o mesmo assunto”.

Não mais será necessária a aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal – *cuja efetividade, até hoje, sempre foi reduzidíssima* -, pois, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá editar Súmula sobre a validade, a interpretação e a eficácia dessas normas, evitando que a questão controvertida continue a acarretar insegurança jurídica e a multiplicidade de processos sobre questão idêntica. (MORAES, 2008, p. 715).

Mas a súmula com efeito vinculante não responde a possibilidade proposta neste artigo, o qual visa analisar a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da **decisão** do STF, em sede de controle difuso. Ao sumular a matéria o Supremo estaria reconhecendo, pelo contrário, sua incapacidade para atribuir efeito *erga omnes* à sua decisão, bem como a transcendência dos motivos determinantes.

Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 146), quanto ao assunto, questiona:

O Supremo Tribunal Federal é o oráculo do Texto Maior (art. 102, *caput*). Seus vereditos, independentemente de quaisquer chancelas, devem lograr eficácia contra todos e efeito vinculante, tanto na via de ação como na de exceção. Por que não convertê-lo numa autêntica Corte Constitucional?

Mas reconhece que:

A eficácia vinculante só concerne à parte dispositiva, ou abrange os próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de **controle abstrato** (sem negrito no original). (BULOS, 2007, p. 262).

Quanto à transcendência dos motivos determinantes, Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 262) explica que:

Embora a Carta de 1988 refira-se às ‘decisões definitivas de mérito’,

o efeito vinculante não se limita, apenas, à parte dispositiva da sentença. Alcança, também, os motivos ou fundamentos determinantes, para preservar a própria integridade hierárquica da *Lex Mater*. Do contrário, a força normativa, a supremacia formal e material das constituições restariam liquidadas. **Esse posicionamento, porém, não é pacífico no acervo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal** (sem negrito no original).

Pedro Lenza (2008, p. 155-156) colocando reparo na abstrativização do controle difuso observa que:

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

Portanto, ainda merece investigação a possibilidade da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. Caso se conclua pela possibilidade da teoria, investigação suplementar deve determinar se é desejável esta aplicação, notadamente em razão da utilização da transcendência dos motivos determinantes como instrumento legitimador do ativismo judicial do STF após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

#### IV – CONCLUSÃO

Conclui-se assim pela inevitabilidade da aplicação da teoria da transcendência no controle difuso, devendo tornar-se prática comum a vigilância para que este instituto reverta em favor da efetividade dos direitos fundamentais e não venha a se tornar instrumento legitimador do ativismo judicial do STF.

A transformação do STF em verdadeira Corte Constitucional é inevitável, e o efeito *erga omnes* no controle difuso, com a consecutiva aplicação da teoria da transcendência, já esperado, porém não se pode descuidar do fato de que o procedimento para o julgamento do recurso extraordinário não traz a necessária publicidade ao tema, como o faz as ações do controle concentrado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.126-SP, 2002. Reclamante Município de Itapeva, Reclamado Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, n. 158. Brasília, DF, 19 ago. 2002, p. 82. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=158&dataPublicacaoDj=19/08/2002&numProcesso=2126&siglaClasse=Rel&codRecurso=0&tipoJulgamento=MC&codCapitulo=6&numMateria=113&codMateria=2>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, A. de. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

### THE THEORY OF TRANSCENDENCE OF THE DECISIVE CAUSES AND THE DIFFUSED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN BRAZILIAN LAW

**ABSTRACT:** This article researches the application of the theory of transcendence of the decisive causes and the diffused control of constitutionality in the Brazilian law. This is due to the fact that the Supreme Federal Court (SFC), in the concentrated control of constitutionality, judged in the sense that the binding effect of its decisions is not restricted to the decision of the court, but to the sources that determine the decision, under the principle of the formal and material supremacy of the constitutional laws. Moreover, the following work deals with the connection between the theory of transcendence and the fulfillment of



the fundamental rights. Since the article is about literature review, a bibliographic research was carried out, i.e., judicial decisions, rulings, precedents, books, scientific papers, electronic documents (internet), and so on. It was concluded that the theory of transcendence is also applied to the diffused control, and that this trend is likely to be judged in the federal Supreme Court, which upholds its stance on the grounds of increasing the effectiveness of the fundamental rights.

**KEYWORDS:** Fundamental rights. Binding effect. Supreme Federal Court. Constitutional supremacy.

### **TEORÍA DE LA TRASCENDENCIA DE LOS MOTIVOS DETERMINANTES Y EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO BRASILEÑO**

**RESUMEN:** En este artículo se investiga la aplicación de la teoría de la trascendencia de los motivos determinantes en el control difuso de la constitucionalidad, en el derecho brasileño, pues la Suprema Corte de Justicia - SCJ, en el control concentrado de constitucionalidad afirmó el entendimiento en sentido de que el efecto vinculante de sus decisiones no se limita a la parte dispositiva del juzgado, sino que se extiende a los fundamentos determinantes de la decisión, en razón del principio de supremacía formal y material de las normas constitucionales. Además, busca la relación entre la teoría de la trascendencia y la concreción de los derechos fundamentales. Como se trata de un artículo de revisión de la literatura, la investigación fue bibliográfica, con consulta a decisiones judiciales, conciliaciones, súmulas, libros, artículos científicos, documentos electrónicos (Internet), entre otros materiales. Se concluyó que la teoría de la trascendencia también se aplica al control difuso, y que esta tendencia se consolidará en la Suprema Corte de Justicia, que mantiene su posición bajo el argumento de ampliar la eficacia de los derechos fundamentales.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos Fundamentales. Efecto Vinculante. Suprema Corte de Justicia. Supremacía Constitucional.