

# ENSAIO SOBRE A HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

Antonio Moreira Maués\*

## RESUMO

O trabalho analisa o modelo de uniformização da jurisprudência constitucional, adotado no Brasil a partir da atribuição de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, como resposta aos problemas causados pela divergência jurisprudencial na interpretação da Constituição. Criticando esse modelo em razão das limitações por ele impostas à proteção judicial dos direitos fundamentais, o trabalho apresenta um modelo alternativo, no qual o juiz pode afastar-se dos precedentes de modo fundamentado, apresentando argumentos que indiquem sua inaplicabilidade em uma determinada situação. Esse reconhecimento da importância das circunstâncias do caso para a interpretação da norma permite harmonizar a jurisprudência constitucional com base no direito à igualdade na aplicação judicial do direito.

## PALAVRAS-CHAVE

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; EFEITO VINCULANTE; DIREITO À IGUALDADE.

## RÉSUMEN

El trabajo analiza el modelo de uniformización de la jurisprudencia constitucional, adoptado en Brasil desde la atribución de efecto vinculante a las decisiones del Supremo Tribunal Federal, como respuesta a los problemas causados por la divergencia jurisprudencial en la interpretación de la Constitución. Criticando ese modelo en razón de las limitaciones por él impuestas a la protección judicial de los derechos fundamentales, el trabajo presenta un modelo alternativo, en el cual el juez puede apartarse de los precedentes de manera fundamentada, presentando argumentos que

apunten su inaplicabilidad a una situación determinada. Ese reconocimiento de la importancia de las circunstancias del caso para la interpretación de la norma permite armonizar la jurisprudencia constitucional con base en el derecho a la igualdad en la aplicación judicial del derecho.

## **PALABRAS-CLAVE**

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD; JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; EFECTO VINCULANTE; DERECHO A LA IGUALDAD

## **Introdução**

A partir de 1993, com a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), um conjunto de mudanças foram implementadas no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, as quais estabeleceram uma nova articulação entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, e entre a jurisprudência constitucional do STF e a das demais instâncias do Poder Judiciário.

Tais mudanças tiveram como fio condutor a atribuição de efeito vinculante às decisões do STF. Conferido pela EC nº 3/93 às “decisões definitivas de mérito” em ADC, o efeito vinculante expandiu-se para as medidas cautelares da ADC, tal como decidiu o próprio STF na ADC nº 4, e para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn – art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF – art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/99). Apesar dos questionamentos sobre a constitucionalidade dessa expansão legislativa do efeito vinculante,<sup>1</sup> o STF decidiu expressa ou implicitamente pela sua constitucionalidade,

---

\* Professor Associado da UFPA. Doutor em Direito pela USP. Pesquisador do CNPq.

<sup>1</sup> O Conselho Federal da OAB ajuizou ADIns contra os referidos artigos. Vale lembrar que a EC nº 45 consolidou o efeito vinculante somente para as decisões definitivas de mérito em ADIn e ADC (art. 102, § 3º), permanecendo silente quanto às cautelares e à ADPF.

excluindo do efeito vinculante, no campo do controle concentrado, somente a decisão negativa de cautelar em ADIn.<sup>2</sup> Mais recentemente, o STF tem aplicado a “transcendência de motivos determinantes” para estender o efeito vinculante de uma decisão em ADIn a leis de “idêntico conteúdo”, às quais se aplicam os mesmos fundamentos. Em consequência, quase a totalidade das decisões do STF no controle concentrado dispõe do meio expedito da reclamação para ser preservada, o que explica o crescimento exponencial do uso desse instituto nos últimos anos: em 1997 foram distribuídas 62 reclamações, número que ascendeu a 837 em 2006.

Fora do âmbito do controle concentrado, a adoção da súmula vinculante (EC nº 45 e Lei nº 11.417/06) estende essa técnica às decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade. Mesmo com o estabelecimento do efeito vinculante no controle concentrado, os juízes ainda não se encontravam vinculados à jurisprudência do STF originada do controle difuso, o que se tornou possível com a criação das súmulas vinculantes, editadas após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Paralelamente, a regulamentação da repercussão geral do recurso extraordinário (Lei nº 11.418/06) permite que a decisão do STF em um recurso estenda-se a outros “com fundamento em idêntica controvérsia”, os quais serão considerados “automaticamente não admitidos” caso a repercussão geral seja negada (art. 543-B). Por fim, encontra-se em discussão no STF o efeito vinculante de decisões no controle difuso, com base na idéia de que o instituto da resolução suspensiva do Senado Federal sofreu um processo de mutação constitucional.<sup>3</sup>

Esse conjunto de institutos levou o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil a operar de uma nova maneira, ainda que sem abandonar seu caráter misto. Nos primeiros anos após a Constituição de 1988, a ausência de mecanismos de articulação entre o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade permitia julgar

---

<sup>2</sup> Ver Rcl nº 2.810. Vale lembrar que tal posição não é unânime, havendo Ministros do STF que defendem a possibilidade de conceder efeito vinculante também à decisão que indefere a cautelar em ADIn, tal como transparece nos debates da reclamação acima citada.

<sup>3</sup> Cf. os debates da Rcl nº 4.335.

diversas vezes no controle difuso uma arguição de inconstitucionalidade, mesmo que o STF já houvesse se manifestado sobre a matéria no controle concentrado. Assim, tornou-se recorrente a divergência entre as decisões tomadas pelo STF e pelas demais instâncias do Judiciário, especialmente nos casos em que o Supremo Tribunal negava, em ADIn, o pedido cautelar de suspensão dos efeitos de uma norma, enquanto os juízes julgavam-na inconstitucional no exercício do controle difuso. De modo semelhante, mesmo uma questão julgada repetidas vezes, no mesmo sentido, em recurso extraordinário, poderia continuar recebendo decisões distintas nas demais instâncias do Judiciário.

Na busca de solucionar os problemas causados por essa divergência jurisprudencial sobre a interpretação da Constituição, a adoção da técnica do efeito vinculante trouxe novas características para o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, que podem ser sintetizadas da seguinte maneira (SCAFF; MAUÉS, 2005):

- a) o controle difuso e o controle concentrado passam a se articular na direção do abstrato ao concreto, dado o efeito vinculante das decisões tomadas pelo STF na via direta sobre as decisões tomadas na via incidental;
- b) a vinculação dos juízes à jurisprudência do STF deixa de ter um caráter meramente intelectual, baseado na força persuasiva de suas decisões, e passa a ter um caráter dissuasivo, no qual a não observância da jurisprudência acarreta a cassação de decisões por meio do instituto da reclamação;
- c) o efeito vinculante caracteriza-se como um mecanismo de prevenção da divergência sobre a interpretação constitucional, e não como um mecanismo de correção. Ele visa que os juízes se adaptem às orientações jurisprudenciais do STF, evitando que as dúvidas sobre a constitucionalidade da lei cheguem ao Tribunal e dificultando uma nova análise da questão que ensejou a divergência.

Esse conjunto de mudanças parte de um diagnóstico sobre os riscos que a incerteza e a demora dos pronunciamentos judiciais sobre determinada questão trazem para a segurança jurídica, apontando como solução a uniformização da jurisprudência constitucional na matéria, com base na orientação do STF. Apesar da validade dessa

preocupação, as limitações que o novo modelo impõe ao exercício do controle difuso, ao vincular o juiz às decisões do STF, exigem uma reflexão sobre suas conseqüências para a proteção judicial dos direitos fundamentais. Como é sabido, nos sistemas concentrados o Tribunal Constitucional possui o monopólio da declaração de inconstitucionalidade das leis, que é efetivada mediante um processo constitucional distinto dos processos judiciais ordinários. No sistema difuso, a ausência desse monopólio permite que, em qualquer litígio, a constitucionalidade da norma a ele aplicável seja questionada pela parte, cabendo ao juiz da causa decidir sobre a compatibilidade ou incompatibilidade dessa norma com a Constituição.

No segundo caso, os órgãos judiciais dispõem de mais poder para a defesa dos direitos fundamentais, visto que a efetivam contra a lei, sem que seja necessária a manifestação do Tribunal Constitucional. Assim, enquanto no sistema concentrado a identificação da violação de um direito fundamental pela lei possibilita apenas que o juiz suspenda o processo até o julgamento da questão de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, no sistema difuso o juiz tem competência para deixar de aplicar a lei ao caso, decisão essa que valerá para as partes caso não seja reformada em instância superior.

Tendo em vista que o controle de constitucionalidade acionado incidentalmente favorece a identificação da violação de direitos nos casos concretos, o novo modelo pode vir a prejudicar a proteção judicial de outros direitos fundamentais, especialmente o direito à igualdade. Nesse campo, os problemas não decorrem apenas da existência de interpretações diferentes dos direitos fundamentais que desigalam o estatuto jurídico básico que lhes deve corresponder, pois a proteção do direito à igualdade demanda ao juiz dar um tratamento desigual a determinadas situações se as circunstâncias de fato assim o exigirem. Portanto, não se trata somente de garantir a previsibilidade das decisões judiciais, mas de fazê-lo a partir dos parâmetros estabelecidos pelo direito à igualdade.

Essa mudança de enfoque nos permite recolocar o problema da divergência jurisprudencial e propor outras alternativas para sua solução. Nas seções seguintes deste trabalho, buscaremos reconstruir os pressupostos do modelo da uniformização da jurisprudência constitucional para, a partir de sua crítica, propor um modelo alternativo para a solução desses problemas, denominando-o modelo da harmonização da jurisprudência constitucional. Ao final, faremos a defesa da adoção desse modelo com base no direito à igualdade na aplicação judicial do direito.

## **1 – O modelo da uniformização**

O modo de articulação entre o controle concentrado e o difuso acima exposto é regido pela idéia de que a jurisprudência constitucional deve ser uniforme, eliminando divergências sobre a interpretação judicial da Constituição. Esse modelo está baseado em três elementos:

- a) limitação da possibilidade do juiz afastar-se dos precedentes estabelecidos pelos tribunais superiores;
- b) utilização de mecanismos para dissuadir ou vedar a não aplicação do precedente;
- c) crença na possibilidade de limitar a interpretação dos textos normativos.

Como vimos acima, essas características foram sendo desenvolvidas no direito brasileiro com a adoção do efeito e da súmula vinculantes e o conseqüente uso da reclamação constitucional, das decisões monocráticas e da repercussão geral para dificultar a não aplicação do precedente firmado pelo STF.

Do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais, o modelo da uniformização comporta várias críticas:

- a) o caráter abstrato das decisões tomadas no controle concentrado dificulta a identificação das violações dos direitos fundamentais que podem ocorrer quando

da aplicação da lei a casos concretos. Ao partir do abstrato para o concreto, a decisão pela permanência do texto normativo no ordenamento jurídico pode gerar situações inconstitucionais, prejudicando a proteção dos direitos fundamentais. Isso foi reconhecido pelo próprio STF no caso de proibição de liminares contra o Plano Collor e em várias das reclamações ajuizadas com base na decisão cautelar da ADC nº 4 (SCAFF; MAUÉS, 2005: 53-61). Mesmo que no caso da ADC – assim como na hipótese de ADPF para solução de controvérsia judicial – o STF tome em consideração argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da norma surgidos no controle difuso, esse contraditório pré-existente não elimina todas as possibilidades futuras de divergência;

- b) a súmula vinculante desestimula a apreciação das circunstâncias do caso concreto, necessária para uma aplicação do direito coerente com a Constituição. Ao conter a sistematização da parte dispositiva de um conjunto de decisões, o enunciado das súmulas não é suficiente para conhecer as razões que as fundamentaram. Isso vem dificultar o exercício correto da função judicial, tendo em vista que é impossível, sem analisar os critérios que presidiram as discriminações feitas em um caso determinado, decidir se o juiz deve aplicar o precedente a casos semelhantes. Nas súmulas editadas pelo STF após a Constituição de 1988, há enunciados que não são compatíveis com os precedentes,<sup>4</sup> além do próprio Tribunal deixar de aplicar a súmula a casos específicos;<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> A Súmula 646, por exemplo, estabelece que “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”, no entanto, os precedentes referem-se somente a farmácias e drogarias, e o próprio STF reconhece a constitucionalidade dessa limitação quando se trata de postos de gasolina (RE 204.187 e 235.736). Cf. MAUÉS; FONSECA; RÉGO (2006).

<sup>5</sup> Por exemplo, a Súmula 691 (“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”), cuja aplicação tem sido afastada pelo STF em casos de flagrante ilegalidade da prisão (HC 86.864); insignificância (HC 89.178); execução de sentença condenatória antes do trânsito em julgado, sem necessidade acauteladora (HC 90.112); ausência de requisitos da prisão preventiva (HC 90.370); ausência de motivação da decisão (HC 89.777).

- c) não se busca convencer o juiz por meio dos argumentos que fundamentam a decisão, a qual se impõe a partir da publicação somente da parte dispositiva do acórdão (art. 28 da Lei nº 9.868/99 e art. 10, § 2º, da Lei nº 9.882/99);
- d) baseia-se em uma visão equivocada da hermenêutica jurídica, desconsiderando que, como qualquer texto normativo, as decisões e súmulas vinculantes devem ser interpretadas, pois, também nesse caso, as normas não estão “dadas” no texto, mas resultam da intervenção do intérprete. Assim, diante das decisões e súmulas vinculantes o juiz deve realizar um juízo reflexivo sobre o conjunto normativo aplicável ao caso, considerando a individualidade da situação posta a seu julgamento.

Essa visão crítica destaca a importância de buscar outros caminhos para solucionar o problema da divergência judicial sobre a Constituição, que não coloquem em risco a proteção dos direitos fundamentais. A legislação e a jurisprudência sobre efeito e súmula vinculantes recorrem constantemente a expressões como “questão idêntica”, o que demonstra que é pressuposto da aplicação do precedente que as diferenças entre os casos não autorizem um tratamento desigual. Um exame mais acurado do caso, portanto, pode identificar circunstâncias que demandam excepcionar a decisão ou a súmula vinculantes, para evitar a violação de direitos fundamentais. Isso implica admitir um certo nível de divergência jurisprudencial, desde que essas diferentes decisões se harmonizem com o sistema constitucional.

## **2 – O modelo da harmonização**

Partindo da idéia de que a divergência jurisprudencial na aplicação da Constituição não afeta apenas o direito à segurança, mas também o direito à igualdade, propomos um modelo alternativo que busca garantir a igualdade na aplicação judicial do direito, protegendo de modo adequado outros direitos fundamentais, como o próprio direito à segurança. As características desse modelo são as seguintes:

- a) reconhecimento da possibilidade do juiz afastar-se do precedente, desde que o faça de modo fundamentado, apresentando argumentos que indiquem sua inaplicabilidade ao caso;
- b) existência de mecanismos que possibilitam rever o precedente;
- c) reconhecimento da importância das circunstâncias do caso para a interpretação da norma.

Esse modelo reconhece, em princípio, a autoridade do precedente firmado pelo STF, mas possibilita que o juiz realize a interpretação do conjunto normativo aplicável ao caso e não apenas da decisão ou da súmula que se invoca como vinculante naquela lide. De modo similar à técnica do *distinguishing* adotada no sistema da *common law*, o modelo aqui proposto não implica negar validade ao precedente do STF, mas reconhecer que as circunstâncias do caso impedem sua aplicação em nome da proteção de direitos fundamentais. Portanto, uma fundamentação adequada para deixar de aplicar uma decisão ou súmula vinculante não parte da discordância do juiz com a interpretação realizada pelo STF, mas de sua inaplicabilidade àquele caso.

Sem embargo, é possível que decisões tomadas pelo STF venham demonstrar-se equivocadas em seus próprios fundamentos, o que torna necessária a existência de mecanismos de revisão do precedente. Nessa hipótese, mantém-se aberta a possibilidade de que o próprio Supremo Tribunal modifique sua jurisprudência, a partir do reconhecimento de que sua interpretação gerou violação de direitos em casos concretos.<sup>6</sup>

A valorização das circunstâncias do caso decorre da compreensão de que o intérprete atribui sentido à norma aplicando alguma das concepções do direito presentes na sociedade. No exercício desse papel, o intérprete tanto pode manter quanto reformar

---

<sup>6</sup> No caso da súmula vinculante, a exigência de maioria qualificada para sua edição estabelece um mecanismo de controle sobre a constitucionalidade das decisões do STF, tendo em vista que a existência de dúvidas razoáveis sobre a correção da posição do Tribunal dificulta sua edição. No caso das declarações de constitucionalidade com efeito vinculante, deve-se analisar com redobrada atenção os fundamentos da decisão e os votos minoritários, nos quais podem ser antevistas situações em que a aplicação da norma gera uma situação inconstitucional no caso concreto.

as concepções existentes, o que acentua o caráter histórico da interpretação. Onde a prática argumentativa do direito se desenvolve, os intérpretes não apenas reproduzem os sentidos que lhe são tradicionalmente atribuídos, mas também refletem sobre os valores e princípios a que o direito deve servir, propondo novas interpretações dos institutos jurídicos que venham a se ajustar a essas justificativas (DWORKIN, 1991: 66). Isso permite que, mesmo sem alteração do texto, as normas jurídicas sejam modificadas para atender àquelas exigências que, em dado momento histórico, são consideradas como o fim do direito.

Essa evolução é marcada não apenas pelo surgimento de novas interpretações gerais do direito, mas pelo aparecimento de casos cuja originalidade impõe ao intérprete refletir criticamente sobre suas concepções. Tais casos difíceis, portanto, trazem à tona os pressupostos que o intérprete utiliza na aplicação do direito, exigindo-lhe rever sua validade para a decisão do caso. Como os sentidos que o intérprete pode atribuir ao texto são construídos a partir das concepções jurídicas existentes em uma sociedade determinada, tampouco é possível interpretar qualquer texto normativo de modo puramente abstrato (OLLERO, 2005: 45; STRECK, 2006: 206). Mesmo que o intérprete não se encontre diante de um caso concreto, mas busque interpretar as palavras do texto ou elabore uma situação imaginária, as concepções jurídicas que ele assume como válidas serão mobilizadas nessa tarefa.

Por essa razão, o reconhecimento do caráter construtivo da interpretação jurídica é relevante não apenas por fornecer uma compreensão mais adequada dessa atividade, mas também pela orientação prática que oferece à aplicação do direito, particularmente à aplicação judicial. Diante de um caso concreto, o intérprete deve refletir se o sentido tradicionalmente atribuído à lei está de acordo com as circunstâncias do caso, de modo a aplicar de forma correta os princípios constitucionais. Se o intérprete é responsável pela construção do direito, não há como deixar de reconhecer a relevância do contexto em que essa construção se desenvolve.

Tal exigência decorre de uma concepção do direito adequada à Constituição democrática, na qual os direitos fundamentais são princípios que possuem aplicabilidade direta e fundamentam as decisões judiciais. Assim, o cumprimento da Constituição demanda do aplicador que desenvolva argumentos plenamente compatíveis com seus princípios, os quais fornecem a justificação última da interpretação da norma. Mesmo um enunciado legal "claro" somente pode ser aplicado corretamente quando confrontado com as normas constitucionais, pois a interpretação literal de um preceito também deve estar de acordo com a Constituição.

Como um paradigma emergente, o modelo de harmonização não pode ser exemplificado de modo sistemático no direito brasileiro, tal como o modelo anterior. No entanto, alguns institutos já presentes no ordenamento oferecem as bases de seu desenvolvimento, como, por exemplo:

- a) a regulamentação constitucional da súmula vinculante prevê que a reclamação pode ser utilizada em caso de aplicação indevida da súmula. Isso significa que o juiz deve estar atento para as circunstâncias que presidem o enunciado da súmula, devendo particularizar situações quando isso for exigido. Tal possibilidade do uso da reclamação deve ser estendida a qualquer decisão dotada de efeito vinculante, pois, considerando que o fundamento do uso da reclamação nesses casos é a preservação da autoridade dos julgados do STF, essa autoridade também está sendo desrespeitada quando suas decisões são aplicadas incorretamente;
- b) a ampla legitimidade para propor a revisão ou cancelamento de súmula confere agilidade ao processo de revisão do precedente nesse caso;
- c) a possibilidade de que o STF julgue novamente em recurso extraordinário questão decidida no controle concentrado;<sup>7</sup>
- d) a inexistência de efeito vinculante da decisão que indefere a cautelar em ADIn.

---

<sup>7</sup> Tendo em vista o lapso temporal para que uma questão seja apreciada pelo STF na via do recurso extraordinário, é possível que, nesse intervalo, ocorra uma alteração no entendimento do Tribunal firmado no controle concentrado. Tal ocorreu no caso da exigência de depósito prévio como condição de admissibilidade de recurso na esfera administrativa (SCAFF, 2006). Por essa razão, deve-se admitir a repercussão geral do recurso extraordinário quando, apesar de suas semelhanças com os precedentes, um novo conjunto de casos requeira um tratamento desigual.

Além desses institutos, cabe referir algumas decisões recentes do STF que indicam a necessidade de superar os limites do modelo da uniformização.

No julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 3.034, ajuizada pelo Estado da Paraíba, o STF manteve decisão do Presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba, que expedira ordem de seqüestro de bens do Estado para quitação de precatório, em razão de grave moléstia que acometia a credora da Fazenda Pública. Para o Supremo Tribunal, essa decisão não conflitava com seu julgamento da ADIn nº 1.662, que declarara inconstitucional hipótese similar de seqüestro. Nas palavras do Min. Eros Grau, “a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção (...) O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção”.

Em decisão monocrática que indeferiu o pedido de liminar na Reclamação nº 4.374, ajuizada pelo INSS, o Min. Gilmar Mendes também reconhece que o STF pode mudar o seu entendimento sobre a constitucionalidade da norma em determinadas situações. Nesse caso, a reclamação fundava-se em pretensa ofensa à decisão do STF na ADIn nº 1.232, que julgara constitucional os critérios estabelecidos pelo § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 para o recebimento do benefício previsto no art. 203, V, da CF. Na decisão reclamada, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco afastara o requisito da renda per capita de ¼ do salário mínimo, considerando que tal critério legal não impede o deferimento do benefício quando demonstrada a situação de hipossuficiência. Na fundamentação de sua decisão, o Min. Gilmar lembra que o STF mantinha-se firme no deferimento de reclamações em casos semelhantes, mas que vinha revendo seu entendimento, baseado em que a reclamação não é um meio hábil para “reexaminar o conjunto fático-probatório em que se baseou a decisão reclamada para atestar o estado de miserabilidade do indivíduo e conceder-lhe o benefício assistencial

sem seguir os parâmetros do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93”. Além disso, as decisões reclamadas não declaravam a inconstitucionalidade do dispositivo, mas buscavam interpretá-lo em conjunto com a legislação posterior (Leis nºs 10.836/04, 10.689/03 e 9.533/97), mais vantajosa para a análise da miserabilidade: “Não se declara a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, mas apenas se reconhece a possibilidade de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de penúria do cidadão.”

Observa-se que o ponto comum dessas decisões é o reconhecimento de que circunstâncias do caso concreto podem afastar o precedente vinculante. A questão de fundo que permeia o debate localiza-se no dever do juiz respeitar os precedentes para preservar a igualdade na aplicação judicial do direito. Portanto, é a partir do esclarecimento do conteúdo desse dever que podem ser elaborados princípios que fundamentem decisões como as citadas acima.

### **3 – O direito à igualdade na aplicação judicial do direito**

A consagração do direito à igualdade no Estado Liberal compreendia que era suficiente para sua proteção o estabelecimento de comandos legais genéricos e abstratos, que deveriam ser aplicados pelo juiz sem levar em consideração a particularidade das situações. Com o reconhecimento de que a subordinação do juiz à lei não significa sua aplicação automática, mas que ele a interpreta aplicando, nota-se que o texto normativo é insuficiente para garantir a igualdade perante a lei, a qual também passa a depender dos critérios utilizados pelo juiz no julgamento dos casos concretos.

Assim, o direito à igualdade vincula tanto o legislador na feitura da lei quanto o juiz na aplicação da lei, obrigando-lhe a julgar da mesma forma os casos iguais. O cumprimento desse dever impõe ao juiz um duplo papel: não discriminar as situações iguais, aplicando os precedentes, e discriminar as situações desiguais, deixando de aplicar os precedentes. A falha em cumprir com a primeira obrigação viola o *direito a*

*um tratamento igual*, em que não devem ser consideradas as diferenças entre os sujeitos; a falha em cumprir com a segunda viola o *direito a um tratamento desigual*, em que devem ser levadas em consideração determinadas diferenças.<sup>8</sup>

Essa dupla dimensão do direito à igualdade destaca que sua proteção sempre depende de um juízo sobre as circunstâncias factuais e jurídicas (ALEXY, 1993: 387), o qual não se baseia na separação entre "questões de fato" e "questões de direito", mas antes significa um juízo sobre a qualificação jurídica dos fatos (OLLERO, 2005: 26). Na medida em que mesmo casos semelhantes contêm diferenças, corresponde ao julgador discernir se elas são suficientes para justificar, com o objetivo de garantir o direito à igualdade, um tratamento desigual desses casos.

A vinculação do juiz ao direito à igualdade renova a importância da exigência constitucional de fundamentação das suas decisões (art. 93, IX). O *locus* da sentença judicial onde devem ser explicitadas as razões para julgar situações semelhantes de modo igual ou diferente é a motivação. Nela, o juiz deve esforçar-se para apresentar como *ratio decidendi* o juízo de igualdade que conduziu sua decisão no caso, permitindo o controle da correção da sua sentença e o reconhecimento dos critérios que autorizam converter essa decisão em precedente para os casos futuros.

Ao conter a sistematização da parte dispositiva de um conjunto de decisões, o enunciado das súmulas não é suficiente para conhecer as razões que as fundamentaram, assim como ocorre com as decisões dotadas de efeito vinculante. Do ponto de vista da proteção do direito à igualdade, isso vem dificultar o exercício correto da função judicial, tendo em vista que é impossível, sem analisar os critérios que presidiram as discriminações feitas em um caso determinado, decidir se o juiz deve aplicar o precedente a casos semelhantes.

Enquanto no direito norte-americano o princípio do *stare decisis* impõe o conhecimento das *ratio decidendi* que fundam a norma jurídica, conduzindo a um

---

<sup>8</sup> Adaptam-se, aqui, os conceitos expostos em DWORKIN (2002: 349-350).

constante exame das circunstâncias que justificam a aplicação do precedente ou demonstram sua inadequação ao caso (*distinguishing*) (MIRANDA, 2006), a adoção do efeito vinculante no Brasil pode desvalorizar o processo hermenêutico que forjou os precedentes. O conhecimento apenas da parte dispositiva das decisões leva a equívocos na identificação das circunstâncias que demandam sua aplicação, deixando-se de lado as discriminações que o direito à igualdade exige no exercício da função jurisdicional. Tendo em vista que as decisões do STF são interpretadas como qualquer texto normativo, a garantia da igualdade em sua aplicação demanda uma reflexão sobre a fundamentação dos precedentes. Não basta, portanto, conhecer o resultado da interpretação que foi dada a determinado conjunto normativo, mas também os casos que presidiram o desenvolvimento dessa interpretação, buscando as razões que fundamentaram a construção da norma.

No caso das súmulas, essa necessidade torna-se mais nítida quando sabemos que parte delas trata exatamente do reconhecimento do direito a um tratamento igual ou do direito a um tratamento desigual. A divergência judicial que leva à edição de súmulas decorre muitas vezes de diferentes juízos formulados pelos tribunais acerca de casos semelhantes, fazendo com que as mesmas características levem alguns juízes a tratar igualmente esses casos e outros a tratá-los desigualmente. De modo coerente com essa realidade, o próprio texto constitucional coloca como condição para a edição de súmulas vinculantes a existência de “multiplicação de processos sobre *questão idêntica*” (art. 103-A, § 1º).

### **Considerações Finais**

A adoção do modelo de harmonização da jurisprudência constitucional permite enquadrar corretamente o problema da divergência em torno da interpretação da Constituição. Enfatizando o direito à igualdade na aplicação judicial do direito, fornece critérios tanto para o afastamento do precedente quanto para sua adoção e manutenção. Nesse último campo, o direito à igualdade justifica a aplicação do efeito vinculante especialmente em duas situações: para garantir a não aplicação de lei declarada

inconstitucional, seja no controle concentrado seja no controle difuso;<sup>9</sup> e nos casos em que a variação nas circunstâncias de fato não autoriza um tratamento desigual dentro de uma mesma categoria legal.<sup>10</sup>

Esse conjunto de razões justifica a reflexão sobre o direito à igualdade como um antídoto ao risco de diminuição da proteção dos direitos fundamentais no atual sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, possibilitando uma interpretação das decisões e súmulas vinculantes que contribua positivamente para o processo de construção judicial do direito.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Londres: Fontana Press, 1991.

DWORKIN, Ronald. A discriminação compensatória. In: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAUÉS, Antonio Moreira; FONSECA, Mônica Maciel Soares; RÊGO, Lorena de Paula da Silva. Súmula Vinculante e Direito à Igualdade. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, nº 46, 2006.

MIRANDA, Tássia Baia. *Stare Decisis e a Aplicação do Precedente no Sistema Norte-Americano*. Belém, mimeo, 2006.

---

<sup>9</sup> Podemos exemplificar essa hipótese com algumas súmulas do STF: Súmula 664: “É inconstitucional o inciso V do art. 1º da Lei 8.033/90, que instituiu a incidência de imposto nas operações de crédito, câmbio e seguros – IOF sobre saques efetuados em caderneta de poupança.”; Súmula 670: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.”; Súmula 678: “São inconstitucionais os incisos I e III do art. 7º da Lei 8.162/91, que afastam, para efeito de anuênio e de licença-prêmio, a contagem do tempo de serviço regido pela CLT dos servidores que passaram a submeter-se ao Regime Jurídico Único.”

<sup>10</sup> Tal ocorre, por exemplo, em algumas súmulas do STF referentes a servidores públicos: Súmula 681: “É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.”; Súmula 682: “Não ofende a Constituição a correção monetária no pagamento com atraso dos vencimentos dos servidores públicos.”; e a direito processual: Súmula 629: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.”; Súmula 630: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.”

OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos Fundamentais, Depósito Recursal Administrativo e Controle de Constitucionalidade. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2006.

SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moreira. *Justiça Constitucional e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

STRECK, Lenio Luis. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.