

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

ADANOR PEREIRA PORTO NETO

**CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL**

Manaus – AM

2017

ADANOR PEREIRA PORTO NETO

**CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas-AM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Cássio André Borges dos Santos

Coorientador: Túlio Macedo Rosa e Silva

Manaus – AM

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

ADANOR PEREIRA PORTO NETO

**CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL**

Monografia aprovada pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Amazonas, pela Comissão Julgadora abaixo identificada.

Manaus, 07 de dezembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Me. Cássio André Borges dos Santos

Membro: Prof. Me. Tulio Macedo Rosa e Silva
Universidade do Estado do Amazonas

Membro: Prof. Me. Jeibson dos Santos Justiniano

AGRADECIMENTOS

À Deus, sem o qual nada disso se tornaria realidade e sem o qual não vivo.

À minha Mãe e ao meu Pai, os quais amo muito, sempre cuidaram de mim e me apoiaram nos momentos difíceis dessa caminhada e das anteriores, direcionando-me a seguir sempre o caminho certo.

À minha namorada, que me deu força e me ajudou a levantar nos momentos difíceis, tornando essa caminhada mais leve. Minha eterna gratidão ao que ela fez e ainda faz por mim.

Aos “Top Magistrados”, amigos fiéis de todas as horas, de todas as festas e todos os bares, com quem aprendi muito e detenho grande apreço e admiração, em especial ao Tharsus Brasil, amigo e irmão que me ajudou bastante na elaboração deste trabalho.

Aos Professores Cássio, Túlio e Jeibson que me orientaram durante este trabalho com paciência e dedicação, pelos quais tenho enorme admiração e amizade.

E a todos que fizeram parte direta ou indiretamente da minha formação, o meu muito obrigado.

*Minha energia é o desafio,
minha motivação é o impossível,
e é por isso que eu preciso
ser, à força e a esmo, inabalável.*

“Augusto Branco”

RESUMO

A presente monografia irá abordar principalmente o controle difuso de constitucionalidade, sua origem histórica, características gerais no âmbito dos tribunais e do Supremo Tribunal Federal, além da eficácia da decisão dada em sede de controle difuso. Com o objetivo de reestabelecer a discussão sobre a teoria da transcendência dos motivos determinantes, o artigo apresentará as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil/2015 relatando como essas podem influenciar no debate da teoria apresentada dentro do controle difuso de constitucionalidade. No decorrer do trabalho, será apresentada ainda a teoria dos precedentes judiciais, seus conceitos, noções fundamentais, eficácia jurídica, bem como o dever dos tribunais em relação a esse novo instituto do Código de Processo Civil 2015, o qual poderá influenciar na aproximação do controle difuso de constitucionalidade com o controle concentrado, trazendo sólidos argumentos que corroboram com a tese de um processo de abstrativização do controle incidental.

Palavras-Chave: Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Controle difuso. Teoria dos precedentes. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

ABSTRACT

The present article will focus mainly on the diffuse review of constitutionality, its historical origin, general characteristics within the courts and the Federal Supreme Court, as well as the effectiveness of the decision given in diffuse control. In order to re-establish the discussion about the theory of transcendence of determinant motives, the study will present the innovations brought by the New Code of Civil Procedure / 2015, reporting how these can influence the debate of the theory presented within the diffuse review of constitutionality. In the course of the paper, it will also present the theory of judicial precedents, their concepts, fundamental notions, legal effectiveness, as well as the duty of the courts in relation to this new institute of the Code of Civil Procedure 2015, which may influence the approximation of diffuse review of constitutionality with the concentrated review, bringing solid arguments that corroborate with the thesis of a process of abstractivization of the incidental control.

Keywords: Constitutional Law. Diffuse Review. Civil Procedure. Theory of Precedents. Abstractivization. Constitutional Review. Constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	9
1.1 ORIGEM HISTÓRICA.....	9
1.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS.....	10
1.2.1 Controle Difuso Nos Tribunais	10
1.2.2 Controle Difuso no Supremo Tribunal Federal	16
1.3 EFEITOS DA DECISÃO.....	20
2. TEORIA DOS PRECEDENTES	23
2.1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS.....	23
2.2 EFICÁCIA JURÍDICA DO PRECEDENTE.....	27
2.2.1 Precedente como Ato-Fato Jurídico	27
2.2.2 Efeitos dos precedentes	27
2.3 DEVERES DOS TRIBUNAIS RELACIONADOS AO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS.....	32
3. REFLEXOS DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	36
3.1 TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.....	36
3.2 RELAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES COM O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade brasileiro é composto por dois sistemas, o controle difuso e o controle concentrado, que são consideravelmente distintos entre si, pela sua origem, pela legitimidade e competência para seu exercício, mas principalmente pelos efeitos que suas decisões contemplam. No caso do controle difuso, os efeitos são *ex tunc* e *inter partes*, ou seja: a decisão é retroativa e alcança somente as partes envolvidas em determinada demanda. Já no caso do controle concentrado, os efeitos podem ser *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*, ou seja, é possível a modulação dos efeitos temporais para que a decisão seja retroativa ou não, ou ainda passe a valer condicionada a um evento futuro. Ademais, a decisão é *erga omnes* – possui efeitos gerais.

Neste trabalho científico será abordado o controle difuso, como ele é exercido pelos Tribunais, considerações sobre a cláusula de reserva de plenário, os efeitos das decisões e a extensão deles de acordo com a doutrina majoritária e com a jurisprudência. Além disso, será abordado o papel do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e as críticas que este instituto tem recebido.

Será tratado ainda, no segundo capítulo, acerca da teoria dos precedentes, com os seus conceitos, noções fundamentais, eficácia e os deveres dos tribunais em manter uma jurisprudência uniformizada, coerente e íntegra, conforme determina o Novo Código de Processo Civil.

Por fim, no terceiro capítulo será abordada a tese da transcendência dos motivos determinantes, dando ênfase às suas noções fundamentais. Após, conclui-se o trabalho mostrando como a teoria dos precedentes, usando por base a tese da transcendência dos motivos determinantes, pode influenciar no processo de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

1 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 ORIGEM HISTÓRICA

A origem histórica do controle de constitucionalidade para a doutrina brasileira ocorreu através do julgamento do *leading case* Marbury versus Madison em fevereiro de 1803.

Para se entender o caso, imperioso é elaborar uma breve exposição dos motivos que levaram ao desenrolar do precedente acima.

Nas eleições dos Estados Unidos de 1800, o presidente em exercício à época, John Adams, fora derrotado por Thomas Jefferson que viria a ser o novo chefe do Executivo. Desse modo, em virtude da iminente perda de influência política, o Presidente John Adams e os federalistas, também derrotadas nas eleições pela oposição republicana, organizaram-se a fim de aprovar uma lei de reorganização do Judiciário federal (*the Circuit Court Act*).

As finalidades dessa lei eram, conforme assevera Barroso (2012, p. 21): reduzir o número de Ministros da Suprema Corte para impedir uma nova nomeação pelo presidente que entrava; e criar dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado.

No mesmo mês de fevereiro daquele ano, uma nova lei (*the Organic Act of the District of Columbia*) autorizou a nomeação de quarenta e dois juízes de paz pelo então presidente John Adams. Assim, esse assinou os atos de investidura (*commissions*) dos novos juízes no último dia de seu governo, deixando a cargo de seu Secretário de Estado, John Marshall, entregá-los aos nomeados. Importante destacar que Marshall, além de Secretário de Estado, também era Presidente da Suprema Corte Americana (*Chief Justice*) e também houvera sido indicado por Adams.

O grande problema disso, que originou o *leading case* acima, foi que Marshall não conseguiu entregar os atos de investidura a todos os novos juízes de paz, visto que teve um único dia para realizar a tarefa, deixando alguns dos nomeados sem receber, entre eles, William Marbury.

Dessarte, conforme explicita Barroso (2012):

Thomas Jefferson tomou posse, e seu Secretário de Estado, James Madison, seguindo orientação do Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido. Entre os juízes de paz nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs ação judicial (*writ of mandamus*), em dezembro de 1801, para ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi formulado com base em

uma lei de 1789 (*the Judiciary Act*), que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza. A Corte designou a sessão de 1802 (*1802 term*) para apreciar o caso (BARROSO, 2012, p. 21).

Não obstante a sessão tenha sido marcada para 1802, essa efetivamente aconteceu apenas no ano de 1803, em virtude de diversos entraves políticos ocorridos nesse interstício temporal.

Desse modo, na prática, seria a primeira vez que a Suprema Corte teria que analisar se deveria prevalecer a lei (seção 13 do *Judiciary act*, de 1789, que determinava a apreciação da matéria pela Suprema Corte) ou a Constituição, que não dispôs tal competência originária, em verdadeiro conflito de normas.

A respeito do conteúdo da decisão, assevera o ilustre professor Barroso em seu livro:

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa (BARROSO, 2012, p. 21-22).

Desse modo, o precedente julgado pela Suprema Corte Americana foi o que inaugurou o controle de constitucionalidade no Constitucionalismo Moderno, deixando clara e evidente a subordinação de todos os poderes estatais à Carta Magna e a sua respectiva supremacia face às outras leis, atribuindo ao Poder Judiciário o papel de guardião/intérprete final do texto constitucional.

1.2 CARACTERÍSTICAS

Neste tópico irão ser abordadas as características do controle difuso de constitucionalidade, sendo dividido em dois tópicos para fins didáticos, quais sejam: controle difuso nos tribunais e controle difuso no Supremo Tribunal Federal.

1.2.1 Controle difuso nos tribunais

O controle difuso de constitucionalidade, também chamado via de defesa, via de

exceção ou sistema americano, teve início no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição de 1891.

Apesar de estar difundida a utilização da expressão “por via de exceção”, ela é equivocada. Em suas palavras, Grinover (1984, p. 154): “ Quando se fala em exceção, o que se indica é a defesa oposta pelo réu. Essa nomenclatura, no entanto, não é adequada ao controle da constitucionalidade pelo sistema difuso, por via da denominada exceção, porque nem sempre será o réu que levantará a questão da constitucionalidade”. Prefere a ilustre professora afirmar que, no sistema difuso, tem-se uma questão prejudicial, uma questão prévia, que diz respeito à outra relação jurídica, ou seja, a adequação do ato normativo à Constituição, “questão prévia que o juiz deverá apreciar antes da questão principal, exatamente para verificar se a alegada inconstitucionalidade existe, ou não”.

O controle incidental de constitucionalidade é apreciado no exercício normal da jurisdição, razão por que pressupõe a existência de um processo, uma ação judicial, um conflito de interesses no âmbito do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que deveria disciplinar a disputa. Assim, caso o juiz entenda pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, deverá declará-la inconstitucional, negando sua aplicação ao caso concreto. É por essa razão que essa espécie de controle é a única forma acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais, visto que pode arguir no próprio processo que postula, em verdadeiro respeito ao princípio democrático.

Em sua gênese, a arguição de inconstitucionalidade por via de exceção era usada costumeiramente pelo réu, que a alegava como argumento em sua peça de defesa a fim de se ver desobrigado ao cumprimento de uma norma inconstitucional. Em outros termos, a parte não atacava diretamente o ato, mas aguardava que a autoridade postulasse judicialmente sua aplicação, pedindo então ao juiz que não aplicasse a lei reputada inconstitucional (BITTENCOURT *apud* BARROSO, 2012, p. 81).

Atualmente, não só o réu, mas também o autor pode suscitar a inconstitucionalidade de uma lei em seu pedido inicial ou em momento posterior para que não tenha que se sujeitar a seus efeitos. Exemplo disso são os mandados de segurança nos quais o contribuinte procura preventivamente eximir-se do recolhimento de tributo instituído por lei de constitucionalidade questionável. Outro caso é *habeas corpus* impetrado sob o argumento de que a autoridade baseia seus atos em uma lei inconstitucional.

Além do autor e do réu, pode também o Ministério Público suscitar a inconstitucionalidade incidente.

Nas palavras de Veloso (1999):

Sempre que for arguida a inconstitucionalidade, no curso de uma ação, mesmo que o processo fosse daqueles em que o Ministério Público não tivesse de intervir, há necessidade de convocá-lo, para que se manifeste sobre a questão prejudicial. Tanto no controle incidental ou difuso, quanto no direto ou tese, a intervenção do Ministério Público é essencial, já que incumbe ao *parquet*, nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição, a defesa da ordem jurídica (VELOSO, 1999, p. 18).

Por fim, o juiz ou o tribunal podem declarar de ofício a inconstitucionalidade quando silenciada essa pelas partes (STF, p, 37).

O controle incidental pode ser realizado em ações de qualquer natureza, exigindo-se apenas que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado.

Com efeito, o controle incidental só pode ser realizado na tutela de uma pretensão subjetiva, ou seja, o objeto do pedido não se configura no ataque à lei, mas na proteção de um direito que seria por ela afetado.

Nesse sentido, Barroso (2012):

Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento. O que não é possível é pretender a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre partes. Para isso existe a ação direta de inconstitucionalidade, para cuja propositura a legitimação ativa é limitada (BARROSO, 2012, p. 82).

Por isso, a inconstitucionalidade não é o pedido feito pela parte requerente, mas sim o fundamento jurídico necessário e indispensável para que o pedido da ação seja julgado procedente. Portanto, é verdadeira questão prejudicial, não se confundindo com o mérito, devendo ser decidida previamente como pressuposto lógico e necessário para a solução do problema principal.

Vamos a um exemplo. Suponha-se que um Município haja instituído um tributo sem observância do princípio da legalidade, e que um contribuinte se tenha recusado a pagá-lo. A autoridade municipal irá, então, autuá-lo, inscrever a dívida e instaurar um processo de execução de seu crédito tributário. O contribuinte, em sua defesa, poderá oferecer embargos de devedor, argumentando que a cobrança é fundada em lei inconstitucional. O objeto dessa ação de embargos é determinar se o tributo é devido ou não. Todavia, para formar sua convicção, o julgador terá de decidir, previamente, se a lei que criou o tributo é ou não constitucional. Esta é a questão prejudicial que subordina o raciocínio que ele precisa desenvolver (BARROSO,

2012, p. 83). Desse modo, estabelecida a premissa lógica da decisão, o juiz decidirá o mérito, condenando ou não o contribuinte ao pagamento do tributo, a depender de ter considerado a lei válida ou inválida, ou seja, constitucional ou inconstitucional.

Quanto aos atos normativos que podem ser passíveis de controle incidente de constitucionalidade, tem-se uma grande amplitude de incidência, incluindo atos que emanam dos três níveis de poderes, de qualquer hierarquia, inclusive aqueles anteriores à Constituição Federal. Assim, o magistrado, estadual ou federal, poderá deixar de aplicar lei federal, estadual ou municipal, bem como quaisquer atos normativos secundários, caso entenda serem incompatíveis com a Carta Magna (BARROSO, 2012, p. 82).

Conforme já dito anteriormente, é competente para realizar o controle difuso de constitucionalidade qualquer órgão jurisdicional, seja de primeiro ou de segundo grau. A diferença entre eles ocorre no procedimento, ou seja, na forma que se procede o incidente.

Para o juiz de primeiro grau, a faculdade de negar a aplicação de uma norma inconstitucional é desenvolvida de forma simples e singela, bastando constar na sentença os motivos que determinaram o afastamento da lei. De igual modo não se procede quando o incidente ocorre no âmbito dos tribunais. Nesse sentido, Lenio Streck (2002, p. 362-363) afirma que, ao contrário dos tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade de uma lei, mas apenas deixa de aplicá-la, isto porque somente na forma do art. 97¹, da Constituição Federal, é que pode ocorrer a declaração de inconstitucionalidade.

O artigo acima da Constituição traz o princípio da reserva de plenário, segundo o qual a inconstitucionalidade de uma lei somente poderá ser declarada pela maioria absoluta dos votos dos membros do tribunal ou de seu órgão especial, onde existir (regra do *full bench*). É vedado, então, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelos órgãos fracionários, como câmaras ou turmas.

É exigida a reserva de plenário, pois esta espelha o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, que para ser infirmado exige um *quórum* qualificado do tribunal. Todavia, há exceções em alguns casos.

Nas palavras do professor Barroso (2012):

[...] nenhum órgão fracionário de qualquer tribunal dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma, a menos que essa inconstitucionalidade já tenha sido anteriormente reconhecida pelo plenário ou pelo

¹ Art. 97, da Constituição Federal de 1988: “Art.97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Ressalte-se que a cláusula de reserva de plenário tem aplicação apenas quando se pretende declarar inconstitucional uma lei, não se aplicando quando a finalidade for declará-la constitucional, haja vista a presunção de constitucionalidade das leis, conforme dito anteriormente. Ademais, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, na hipótese de reconhecimento de que uma lei anterior a Constituição está revogada por ser com ela incompatível, não precisa seguir a regra da “reserva de plenário”, haja vista que a questão diz respeito ao plano intertemporal e não no plano de validade da norma.

O procedimento para declaração incidental de constitucionalidade perante órgão fracionário de tribunal está previsto nos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil. Ele ocorre em duas etapas: a primeira ocorre no próprio órgão fracionário onde é suscitada a inconstitucionalidade e a segunda no pleno ou órgão especial. Dessa forma, arguindo qualquer das partes, inclusive Ministério Público, Juiz, assistentes, e etc, a inconstitucionalidade da lei, o relator submeterá a questão à turma, câmara, seção ou qualquer outro órgão do tribunal responsável pelo julgamento do incidente. Sendo rejeitada a arguição, o processo seguirá seu trâmite normalmente com a devida aplicação do ato normativo impugnado, cuja eficácia não terá sido afetada. No entanto, caso o órgão fracionário acolha a arguição, ou seja, entenda que a norma apontada é inconstitucional, minutará acórdão nesse sentido e enviará a questão para ser submetida ao tribunal pleno ou órgão especial, ficando o processo suspenso no juízo *aquo*.

Todavia, conforme já dito acima e nos termos do art. 949, parágrafo único, CPC, os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal.²

A decisão do pleno (ou órgão especial) sobre a prejudicial de constitucionalidade, seja reconhecendo ou não a inconstitucionalidade, vincula o órgão fracionário e este, recebendo os autos de volta, decidirá o caso concreto, cujo julgamento houvera ficado suspenso por causa da arguição. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira ensina que a decisão do plenário é naturalmente vinculativa para o órgão fracionário no caso concreto. Mais exatamente, a solução

² Art. 949, p. único, do Código de Processo Civil: “Art. 949, p. único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal”.

dada à prejudicial incorpora-se no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável.³

É em razão dessa divisão de competência que dizemos que no controle incidental de constitucionalidade realizado perante os tribunais ocorre a *cisão funcional* de competência, pela qual o pleno decide a questão constitucional e o órgão fracionário julga o caso concreto, atentando-se este à premissa decidida no julgamento da questão prejudicial.

Imperioso se faz destacar que, da decisão do pleno que julga o incidente, não caberá recurso, devendo a impugnação contra essa ser feita tão somente quando da interposição do recurso contra o acórdão que vier a julgar o caso concreto, resolvendo a lide.⁴

Ademais, a Lei n. 9.868/99, que trata do processo e julgamento da ADI (ação declaratória de inconstitucionalidade) e ADC (ação declaratória de constitucionalidade), determinou o acréscimo de três parágrafos ao artigo 950 do Código de Processo Civil, prevendo a possibilidade de manifestação, no procedimento de declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal, do Ministério Público, das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pelo ato questionado, dos legitimados para proposição das ações previstas no art. 103 da Constituição e ainda, por deliberação do relator, de outros órgãos ou entidades (BARROSO, 2012, p. 86). Essa última possibilidade é identificada como a figura do *amicus curiae*. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, inclusive, a possibilidade de sustentação oral⁵.

³ José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 46.

⁴ V. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 41 e 47, especialmente nota 24. V. Súmula do STF 513: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”. A decisão do plenário, todavia, deverá ser junta ao recurso extraordinário interposto com base na alínea *b* do permissivo constitucional (art. 102, III), sob pena de não conhecimento (*RTJ*, 133:459, 1990, RE 121.487-CE, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

⁵ STF, *Inf. STF* n. 402, 2005, RE 416.827, rel. Min. Gilmar Mendes: “Por maioria, o Tribunal, considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada pela Lei 10.259/2001 (arts. 14, § 7º, e 15), resolveu questão de ordem no sentido de admitir a sustentação oral da Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos — COBAP e da União dos Ferroviários do Brasil. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio, Eros Grau e Cezar Peluso, que não a admitiam, sob o fundamento de que o instituto do *amicus curiae* restringe-se ao processo objetivo, não sendo extensível, ao Supremo, que não é Turma de Uniformização, o procedimento previsto no § 7º do art. 14 da Lei 10.259/2001”

1.2.2 Controle Difuso no Supremo Tribunal Federal

Face às peculiaridades que o controle difuso apresenta no âmbito do Supremo Tribunal Federal, será aberto este tópico a fim de abordar de forma mais didática o procedimento de controle pela via difusa nesse tribunal.

Nos termos da Constituição Federal ⁶, compete ao Supremo Tribunal Federal precipuamente zelar pela Carta Magna, exercendo, de forma concentrada, a fiscalização da constitucionalidade de leis e atos normativos.

Embora o controle mediante ação principal seja realizado de forma exclusiva pelo STF, este também realiza o controle pela via difusa, fazendo-o em processos de sua competência originária e no julgamento de recursos ordinários, contudo, é no julgamento de recursos extraordinários que desempenha em grande parte a fiscalização concreta de constitucionalidade de leis ou atos normativos.

Nos termos do art. 102, III, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
[...]
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988).

Em relação aos itens “a”, “b” e “c”, esses já se encontram sedimentados na história e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Contudo, há peculiaridade no item “d”, que foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Nas palavras de Luiz Roberto Barroso, “o dispositivo transferiu ao STF competência até então reservada ao STJ, pela via do recurso especial. Antes mesmo da mudança, já havia a percepção de que o conflito entre lei local e lei federal muitas vezes envolve questão constitucional, relativa à divisão constitucional de competências legislativas entre os entes da federação. Com efeito, identifica-se vício de inconstitucionalidade tanto nos casos em que um ente invade a esfera de competência reservada com exclusividade em nível federativo diverso, quanto naqueles em que, tendo a Constituição

⁶ Art. 102, *caput*, da Constituição Federal: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe”.

estabelecido competências concorrentes, um dos entes envolvidos transborde os limites próprios à sua atuação. O julgamento de tais questões pelo STJ não seria coerente com a divisão de atribuições entre este Tribunal e o STF, tal como promovida pelo constituinte de 1988” (BARROSO, 2012, p. 87).

O juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ocorre em dois momentos: primeiramente no órgão jurisdicional *a quo*, sendo concretizado pelo presidente do tribunal recorrido. Este exame de admissibilidade verifica apenas se o recurso tem amparo em alguma das hipóteses constitucionais e se atendeu aos requisitos formais. Caso a análise ultrapasse estes critérios, ela invadirá a esfera de competência da Suprema Corte. Com efeito, da decisão que negar prosseguimento ao recurso, caberá agravo para o próprio STF, que é o responsável por efetuar o juízo final de admissibilidade, podendo, inclusive, negar seguimento a recurso anteriormente aceito.

Imperioso frisar que o recurso extraordinário não é interposto apenas contra decisões finais de mérito. Tal instrumento serve também para a impugnação de qualquer decisão judicial definitiva, isto é, que esgotou todas as possibilidades recursais, podendo ser ela terminativa ou interlocutória.

Ademais, não é admitida a rediscussão de fatos e provas nessa espécie recursal, apreciando-se apenas as matérias de direito que já tenham sido discutidas e analisadas na instância inferior, ou seja, que tenham sido objeto de prequestionamento⁷. Desse modo, a questão constitucional deverá aparecer na decisão recorrida, ainda que não se aponte expressamente as normas constitucionais pertinentes.

Outro detalhe no recurso extraordinário que o diferencia dos outros recursos, por estes não terem como destino o STF – guardião da Constituição, é o requisito de admissibilidade conhecido como “repercussão geral”. Este requisito foi introduzido na Carta Magna através da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual inseriu o parágrafo 3º no artigo 102⁸.

⁷ Súmula do STF n. 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. STF, *RTJ*, 155:632, 1996, RE 160.884-AM, rel. Min. Francisco Rezek; *RTJ*, 159:977, 1997, AgRg no AI 145.985-PR, rel. Min. Celso de Mello; 153:960, 1995, AgRg no RE 115.063-PR, rel. Min. Paulo Brossard; 153:989, 1995, AgRg no AI 145.680-SP, rel. Min. Celso de Mello. A matéria constitucional versada no recurso extraordinário precisa ter sido explicitamente arguida, ventilada e decidida no julgado contra o qual se recorre. Se a questão não tiver sido apreciada na decisão impugnada, se só tiver surgido por ocasião da prolação do acórdão dissentedo ou se só tiver constado do voto vencido, impõe-se a interposição de embargos de declaração.

⁸ Art. 102, § 3º, da Constituição Federal: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Dessa forma, a repercussão geral é um requisito que deve ser analisado em sede de preliminar de todo e qualquer recurso extraordinário, como pressuposto para que o STF conheça o mérito da discussão.⁹

Diferente dos demais requisitos de admissibilidade do nosso sistema recursal, não é permitida a análise da repercussão geral pelos tribunais de origem, cabendo apenas ao STF a análise deste critério. Nesse sentido, o professor Barroso afirma que ao contrário do que ocorre em relação aos demais requisitos de admissibilidade, o juízo acerca da existência de repercussão geral é atribuído com exclusividade ao STF, não se admitindo avaliação prévia pelo órgão *a quo* (BARROSO, 2012, p. 91).

A repercussão geral é um conceito aberto e indeterminado, o que nos leva a querer saber o que realmente significa isso. A resposta objetiva para tal questionamento será dada pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Segundo o Código de Processo Civil, em seu art. 1035, §1º:

Art. 1.035 O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo (BRASIL, 2015).

Com efeito, observa-se do texto do § 1º do art. 1035 do Código de Processo Civil que o legislador preferiu não pormenorizar o conceito de “repercussão geral”, apresentando apenas balizas para a delimitação do conceito, ficando ao STF a tarefa de observar no caso concreto a existência ou não os critérios justificadores da repercussão.

Todavia, não obstante o conceito indeterminado da repercussão geral, o Código de Processo Civil presumiu-a em duas situações, quais sejam: a) em caso de acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; b) acórdão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal¹⁰.

⁹ Art. 13, V, c, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “Art.13. São atribuições do Presidente: V – despachar: c) como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557 do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, os agravos de instrumento, recursos extraordinários e petições ineptos ou de outro modo manifestamente inadmissíveis, inclusive por incompetência, intempestividade, deserção, prejuízo ou ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal”.

¹⁰ Art. 1.035, § 3º, da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2016: “§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal”.

Segundo Barroso (2012), o procedimento de análise da “repercussão geral” acontece da seguinte forma:

De início, caberá à Turma decidir pela existência, no caso, da repercussão geral, bastando o voto de quatro ministros para que se conclua o juízo positivo de admissibilidade. Nesse caso, não se remeterá a questão ao Plenário. Se o conhecimento do recurso não obtiver tal adesão nesse primeiro juízo, a questão deverá ser remetida ao Plenário, que poderá, por deliberação de oito ministros, pronunciar juízo negativo de admissibilidade por ausência de repercussão geral (BARROSO, 2012, p. 92-93).

Sendo negada a repercussão geral, a decisão que negar terá eficácia para todos os recursos que versem sobre matéria idêntica, contudo, há a ressalva que a tese da decisão que resultou na negação da repercussão pode ser mudada, seja pela superveniência de fatos novos, seja por considerar que o juízo inicial deva ser superado.

Por fim, o Código de Processo Civil determina que a súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão¹¹.

Uma outra peculiaridade a respeito do controle difuso de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, digna de nota, relaciona-se à *cisão funcional* de competência. Consoante abordado alhures, no procedimento dos tribunais, o tribunal pleno ou órgão especial manifesta-se sobre o incidente de inconstitucionalidade, lavrando ao final um acórdão, e, de outro lado, com o trânsito em julgado desse acórdão, compete à turma ou câmara se manifestar sobre o caso concreto (questão principal). Situação diferente acontece no STF. Nos termos dos arts. 176 a 178 do Regimento Interno, ocorrerá a remessa de todo o procedimento para ser julgado pelo pleno, não ocorrendo a *cisão funcional* de competência. A remessa, dessa forma, abrange toda a causa (questões principais, prejudiciais, preliminares, entre outros), não se restringindo ao incidente de inconstitucionalidade. Ademais, por ser o incidente uma decisão interlocutória, não enseja a lavratura de um acórdão, bem como o Procurador-Geral da República deverá ser ouvido antes da declaração da inconstitucionalidade pelo Pleno.

No que tange à cláusula de reserva de plenário, está também se aplica à Corte Suprema, seja em controle difuso, seja em controle concentrado (BARROSO, 2012, p. 95). Assim, declarada incidentalmente a inconstitucionalidade, com o *quórum* constitucional de maioria

¹¹ Art. 1.035, § 11º, do Código de Processo Civil: “ § 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão”.

absoluta, far-se-á a comunicação à autoridade ou órgão interessado e, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os fins do art. 52, X, da Constituição Federal¹².

1.3 EFEITOS DA DECISÃO

Como já explicitado, o controle difuso de constitucionalidade é executado no desempenho regular da função jurisdicional do órgão judicial, portanto, no curso de um processo ordinário entre duas partes, que culminará em uma sentença, que por sua vez se revestirá da autoridade da coisa julgada quando não houver mais recursos possíveis.

Ademais, ensina o professor Barroso que o objeto da causa é demarcado pelo pedido formulado, não podendo o pronunciamento judicial estender-se além dele. Portanto, a eficácia objetiva da coisa julgada é limitada ao que foi pedido e decidido, sendo certo que é a parte *dispositiva* da sentença, na qual se contém a resolução das questões postas, que recebe a autoridade da coisa julgada (BARROSO, 2012, p. 96). Desse modo, a eficácia da coisa julgada será subjetiva, limitada às partes do processo, sem afetar a terceiros. Com efeito, quando o juiz reconhece incidentalmente a inconstitucionalidade da norma aplicável ao caso concreto, seus efeitos repercutem apenas *inter partes*.

Outro efeito importante das decisões tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, é aquele relacionado à eficácia temporal. A doutrina dominante do direito brasileiro adota a teoria da inconstitucionalidade como nulidade para explicar o fenômeno da incompatibilidade de uma norma com a Constituição. Segundo essa teoria, a inconstitucionalidade situa-se no campo de nulidade e, uma vez declarada a nulidade da norma, os seus efeitos são fulminados desde seu nascimento. Assim, uma vez declarado inconstitucional um ato legislativo, este deve ser, nos termos da doutrina brasileira majoritária, “nulo, írrito, e, portanto, desprovido de força vinculativa”¹³. Isso quer dizer que a declaração de inconstitucionalidade trata-se de um ato apenas declaratório, sendo o ato legislativo nulo desde a sua criação.

A teoria da nulidade está ligada diretamente a ideia de supremacia da Constituição, que assevera que uma norma inconstitucional não pode gerar direitos e obrigações legitimamente exigíveis. Nesse sentido, aplicando tais premissas ao controle difuso de constitucionalidade,

¹² Art. 52, X, da Constituição Federal: “Art. 52. 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”.

¹³ A. Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p.21.

temos que, uma vez reconhecida a nulidade da norma e declarada a sua inconstitucionalidade, decisão deve ter eficácia retroativa, *ex tunc*, fulminando todos os efeitos produzidos até então pela norma.

Não obstante, o STF possui precedentes nos quais, em controle incidental, deixou de aplicar os efeitos *ex tunc*, tendo como fundamento a ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados¹⁴, bem como a invocação analógica do art. 27 da Lei n. 9.868/99¹⁵.

Em regra, os efeitos da decisão prolatada em controle difuso no âmbito do Supremo Tribunal Federal são os mesmos citados anteriormente, quais sejam, *inter partes e ex tunc*. Contudo, existe a possibilidade de essa decisão passar a ter efeitos *erga omnes*, nos termos do art. 52, X, da CRFB. Este artigo estabelece ser competência privativa do Senado Federal, mediante o instrumento da resolução, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva da Suprema Corte.

Dessarte, declarada a inconstitucionalidade incidental em um processo no Supremo, à exegese do que dispõe o art. 178¹⁶ do Regimento Interno do STF, transitada em julgado a causa, far-se-á a comunicação ao Senado Federal para aplicação do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. A remessa pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado é discricionária (NOVELINO, 2008, p. 76), comunicando quando e se quiser (a depender da conveniência e oportunidade).

Apesar da discricionariedade, a partir do momento em que o Senado opta pela suspensão, só pode exercer tal atribuição nos exatos termos do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo ir além ou mesmo suspender a menos. Caso o Senado não siga tal regramento, cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Resolução¹⁷.

Duas são as principais finalidades de tal disposição constitucional: (a) outorgar efeito *erga omnes* a uma decisão que até então possui efeito *inter partes*, ou seja, todos estarão, a partir da suspensão pelo Senado, submetidos a tal decisão; (b) a decisão que possuía efeito *ex*

¹⁴ STF, RTJ, 100:1086, 1982, RE 78.533-SP, rel. Min. Decio Miranda; e DJU, 8 abr. 1994, RE 78.533, rel. Min. Francisco Rezek

¹⁵ V. Inf. STF, 334: 1, dez. 2003, Rcl 2.391, rel. para acórdão Min. Joaquim Barbosa. Nesse caso, no qual se discutia incidentalmente a constitucionalidade de dispositivos legais que impediam ou limitavam o direito do réu de recorrer em liberdade, assim consignou o Informativo acima referido: “Prosseguindo em seu voto, o Min. Gilmar Mendes — tendo em conta o fato de que, na espécie, estar-se-ia revisando jurisprudência firmada pelo STF, amplamente divulgada e com inegáveis repercussões no plano material e processual —, admitindo a possibilidade da imitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/99, em sede de controle difuso, emprestou à decisão efeitos *ex nunc*”

¹⁶ Art. 178 do Regimento Interno do STF: “Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da Constituição”.

¹⁷ ADI 3929, julgada em 29 de agosto de 2007, da relatoria da Ministra Ellen Gracie

tunc, após a suspensão pelo Senado, passa a ter efeito *ex nunc*, haja vista o fato de a “suspensão da execução” da lei ou ato normativo incidir na eficácia da norma.

Por fim, embora ainda existam muitas discussões a respeito do tema, foram travadas na doutrina e jurisprudência brasileira algumas soluções. Dentre as mais relevantes, podemos destacar: o juízo de conveniência e oportunidade da casa legislativa trata-se de ato político, não sujeito a prazo, podendo o Senado suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou simplesmente não suspendê-lo, negando, assim, a extensão *erga omnes* da decisão do Supremo; a competência do Senado somente é exercitável nas hipóteses de declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, e não quando a inconstitucionalidade venha a ser pronunciada em sede de ação direta de inconstitucionalidade; a despeito da dicção restritiva do art. 52, X, que se refere apenas à *lei* declarada inconstitucional, a interpretação dada ao dispositivo tem sido extensiva, para incluir todos os atos normativos de quaisquer dos três níveis de poder, vale dizer, o Senado também suspende atos estaduais e municipais (BARROSO, 2012, p. 98).

Embora a matéria ainda suscite ampla controvérsia doutrinária, afigura-se fundada em melhor lógica e em melhores argumentos a atribuição de efeitos *ex tunc* à suspensão do ato normativo pelo Senado.

2. TEORIA DOS PRECEDENTES

2.1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS

O conceito de precedente pode ser entendido em dois sentidos. Em *sentido lato*, o precedente é a decisão judicial prolatada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo poderá servir como diretriz ao julgamento posterior de casos análogos (DIDIER JR, 2016, p. 505). Já em *sentido estrito*, o precedente é definido pela própria *ratio decidendi*, ou seja, a tese jurídica que se extrai da decisão que julgou o caso concreto.

Macedo (2014) assevera ainda que o precedente:

Em sentido próprio, continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões. Já precedente em sentido impróprio é norma, significado alcançado por redução do termo “norma precedente”, que é precisamente a *ratio decidendi*, esse sentido é também o substancial (MACEDO, 2014, p. 92-93).

O precedente é composto por três elementos, quais sejam, as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) da decisão judicial; e a argumentação jurídica em torna da questão. Desse modo, conquanto costumeiramente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente, deve-se ter em mente que o caráter obrigatório ou persuasivo é, em verdade, a *ratio decidende*, a qual é apenas um dos elementos que compõe o precedente.

A *ratio decidendi*, chamada pelo direito norte-americano de *holding* (SILVA, 205, p. 182), são os fundamentos jurídicos que amparam a decisão, ou seja, “a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi” (DIDIER, 2016, p. 506). Nas palavras de José Rogério Cruz, “a *ratio decidendi* (...) constitui a essência de tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (rule of law)”¹⁸.

Com efeito, a *holding* decorre da fundamentação do julgado, visto que é com base nela que o magistrado chegará a uma conclusão, no dispositivo, acerca da questão em juízo. Nesse sentido, Marinoni ensina que a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra (MARINONI, 2010, p. 221).

Para ficar clara a ideia apresentada, vamos a um exemplo trazido pelo professor Didier Jr (2016, p. 506): segundo o art. 700 do CPC, é permitido o ajuizamento de ação monitória a

¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p.175.

quem disponha de prova escrita que não tenha eficácia de título executivo. Ocorre que o termo “prova prescrita” é vago e há súmula do STJ no sentido de que é admissível ação monitória fundada em cheque prescrito (súmula n. 299), ou seja, à luz de uma situação concreta o julgador termina por criar uma norma que consubstancia a tese jurídica a ser adota naquele caso – por exemplo, “cheque prescrito” se enquadra no conceito de “prova escrita” de que fala o art. 700 do CPC. Com base nessa tese é possível admitir, em qualquer outro caso concreto, ação monitória para a cobrança de cheque prescrito. Eis, então, a essência do precedente: uma norma geral construída pelo órgão julgador a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes.

Além dessa norma jurídica geral, que se extrai da fundamentação, é construída pelo julgador uma norma jurídica individual, que é lançada no dispositivo da decisão e tem o desiderato único de reger a situação em exame naquele processo. Em outras palavras, é a conclusão que se chega sobre a procedência ou improcedência da demanda formulada no processo. É esta norma jurídica individual a que tem o condão de ficar acobertada pelos efeitos da coisa julgada.

Nesse sentido, Didier Jr (2016, p. 508) afirma que “a decisão judicial é o ato jurídico de onde se extrai a solução do caso concreto, encontrável no dispositivo, e o precedente, comumente retirado da fundamentação, A decisão é, pois, o conjunto e continente, com no mínimo esse duplo conteúdo”.

De igual modo Daniel Mitidiero:

(...) é imprescindível perceber que a fundamentação da decisão judicial dá ensejo a *dois discursos*: o primeiro, para solução de determinado caso concreto, direcionado aos sujeitos da relação jurídica discutida; o outro, de ordem institucional, dirigido à sociedade, necessariamente com eficácia *erga omnes*, para apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes àquele.

Quando se estuda precedente, não se pode deixar de abordar acerca do *obiter dictum*. Também chamado apenas de *dictum*, este é o argumento jurídico, consideração ou comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão judicial, sendo tão somente um juízo normativo acessório e secundário, sem influência relevante e substancial para a decisão, ou seja, “prescindível para o deslinde da controvérsia” (LEAL, 2006, p. 168-169).

Portanto, trata-se de manifestação jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão do julgado. Ensina, ainda, Marcelo Alves que *obter dictum* é a proposição ou regra jurídica que não compõe a *ratio decidendi*.¹⁹

A fim de elucidar o conceito abordado, bons exemplos podem ser dados. “O exemplo mais visível de utilização de um *dictum* é quando o tribunal de forma gratuita sugere como resolveria uma questão conexa ou relacionada com a questão dos autos, mas que no momento não está resolvendo”²⁰. Outro exemplo é trazido por Shauer (*apud* DIDIER JR, 2016, p. 509). Fala o autor que, no conhecido caso *Marbury v. Madison*, o *Chief Justice John Marshall* considerou que um dispositivo do *Judiciary Act* de 1789 era inconstitucional, mas também seguiu dizendo tinha o poder de exercer a jurisdição sobre o presidente dos Estados Unidos, conclusão secundária e prescindível com o fim único de enfurecer o Presidente Thomas Jefferson.

Feitas as considerações iniciais alhures, imperioso se faz saber como identificar a *ratio decidendi* ou *holding*. Quando se entra no estudo da força vinculante dos precedentes judiciais é necessário procurar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável na fundamentação, visto que é essa que irá operar a vinculação de casos futuros. Assim, extrai-se da *holding*, de forma indutiva, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Melhor dizendo, da solução de um caso particular retirar-se-á uma regra de direito que pode ser generalizada. No mesmo sentido Didier Jr (2016, p. 511): “só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão de ser universalizada”.

Em razão disso é que se tem que tomar bastante atenção no momento da fundamentação da decisão, sobretudo naquela prolatada pelos tribunais superiores, uma vez que, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair a partir dela uma regra geral a ser observada em outras situações. Por isso, os arts. 489, § 1º, V e VI, e 927, § 1º, CPC, exigem que todo julgador, ao aplicar ou afastar um precedente, deve considerar se ele se ajusta ou não às peculiaridades fáticas do julgamento; ou seja, verificando se similitude fática entre o caso paradigma e o caso em julgamento, mediante técnica de distinção.

Conforme já dito anteriormente, a *holding* encontra-se na fundamentação da decisão, todavia, a ela não corresponde integralmente. Em verdade, ela é extraída de uma leitura conjugada dos elementos decisórios, quais sejam, relatório, fundamentação e dispositivo. Isso

¹⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial á súmula vinculante*, cit., p. 51

²⁰ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, cit., p. 185.

ocorre porque importa saber as circunstâncias fáticas relevantes relatadas; a interpretação dos preceitos normativos naquele contexto; e a conclusão a que se chega. É por causa disso que o relatório, em alguns casos dispensados (juizados especiais), torna-se indispensável à interpretação de um precedente, sendo essencial para a precisa identificação de sua *ratio decidendi*.

A respeito do tema, Didier destaca que, em uma decisão, o órgão jurisdicional não indica, ou não precisa indicar, expressamente, qual é a *ratio decidendi*. Cabendo, portanto, aos juízes, ulteriormente, ao examinarem-na como precedente, extrair a “norma legal” (abtraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta (DIDIER JR, 2016, p. 516).

No entanto, caso uma decisão apresente mais de uma tese jurídica como fundamento (mais de uma *ratio decidendi*), tem-se entendido que todas as teses (ou *rationes*) obrigam, não podendo o tribunal posteriormente escolher apenas uma dentre elas como obrigatória e menosprezar as outras à qualidade de *dictum*.²¹

De modo diferente se procede num julgamento proferido por órgão colegiado quando, a despeito de se chegar a um mesmo resultado na decisão, os membros do colegiado fazem-no por razões diversas. Nesse caso se quer há a *ratio decidendi*, e, portanto, está a corte livre para em caso posterior e semelhante decidir com base em outro parâmetro.

Com efeito, caso haja dificuldade na identificação da *holding* de uma decisão, seja pelo fato de a fundamentação ser insuficiente, seja por não haver uma tese jurídica bem delineada, entende-se que ela deva ser considerada desprovida de *ratio*, por conseguinte, de autoridade obrigatória.

A doutrina apresenta alguns métodos de identificação do precedente, no entanto, aquele que merece plausibilidade é o eclético. Segundo este método, a *ratio decidendi* deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes que conduziram à conclusão do julgado.

Ademais, importante ainda observar que para a formação do precedente, somente poderão ser usados argumentos submetidos ao manto do contraditório, nos termos do enunciado n. 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis²². Portanto, “o microssistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para

²¹ Enunciado n. 173 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil”.

²² Enunciado n. 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil”.

amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*".²³

2.2 EFICÁCIA JURÍDICA DO PRECEDENTE

Os precedentes, muito comuns no sistema da *common law*, também se fazem presentes no sistema da *civil law*. Seus efeitos variam bastante a depender do ordenamento jurídico no qual se encontram e, no Brasil, eles são diversos. Nos subtópicos seguintes serão abordados efeitos dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a concepção do precedente como ato-fato jurídico.

2.2.1 Precedente como ato-fato jurídico

“O precedente é um fato. Em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional, esse fato ocorrerá” (DIDIER JR, 2016, p. 517).

Como é cediço, o ato-fato jurídico é ato humano que gera a produção de efeitos independentemente da vontade de quem o pratica. Desse modo, haja vista ser agir humano, é ato, contudo, é também fato porque é tratado pelo direito como um acontecimento em que a vontade humana é irrelevante, não importa.

“O precedente, embora esteja encartado na fundamentação de uma decisão judicial (que é um ato jurídico), é tratado como fato pelo legislador” (DIDIER JR, 2016, p. 518). É em virtude disso que os efeitos dos precedentes produzem-se independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que o proferiu, logo, são efeitos *ex lege*. Isto é, são efeitos anexos da decisão judicial.

2.2.2 Efeitos dos Precedentes

A eficácia jurídica de um precedente depende das disposições de um determinado direito positivo. No Brasil, por exemplo, os precedentes têm aptidão para produzir diversos efeitos jurídicos, que serão abordados adiante. Os efeitos não se excluem entre si, em verdade, é possível e muito comum que um mesmo precedente produza mais de um tipo de efeito.

²³ <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>. Acesso em 14/10/2017 às 10:11h.

O efeito do precedente decorre diretamente de sua *ratio decidendi*, assim, “os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (que vem a ser o *obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante” (enunciado n. 318 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis). Contudo, para isso, é necessário que a maioria dos membros do órgão colegiado tenha adotado a mesma *holding* no julgamento da decisão, sob pena de não existir o efeito vinculante, uma vez que se quer haverá precedente.²⁴

Passemos à análise dos efeitos em espécie dos precedentes.

O primeiro e mais importante efeito dos precedentes é o obrigatório, também chamado de vinculante. “Como o próprio nome sugere, diz-se que o precedente é vinculante/obrigatório (*binding precedente*), ou dotado de *binding authority* (autoridade vinculante), quando tiver eficácia vinculativa em relação aos casos que, em situações análogas, lhe forem supervenientes” (DIDIER JR, 2016, p. 519).

Quando se fala em efeito vinculante do precedente, tem-se que, em certas situações, a *ratio decidendi* estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de obrigar decisões posteriores a seguir o mesmo entendimento, fazendo com que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.

No ordenamento jurídico brasileiro, os precedentes com eficácia vinculante estão elencados no art. 927, do CPC, a saber:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015).

Por serem de observância obrigatória, os juízes e tribunais deverão conhecê-los de ofício, independentemente de provocação das partes, sob pena de omissão. Contudo, mesmo

²⁴ Enunciado n. 317 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado”; e Enunciado n. 319 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante”.

em caso de aplicação *ex officio* do precedente vinculante, o órgão julgador deverá intimar previamente as partes a fim de que se manifestem sobre ele. Tal entendimento decorre da interpretação simultânea dos arts. 927, §1º, e 10, CPC.²⁵

Ademais, é omissa a decisão que deixe de considerar qualquer um dos precedentes elencados no art. 927 do CPC. Tal ilação decorre de uma interpretação extensiva do art. 1.022, parágrafo único, I, CPC, o qual assevera que é omissa a decisão que “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”.

Além disso, deve-se saber que os precedentes obrigatórios de que trata o art. 927, do CPC, vinculam interna e externamente o tribunal. Melhor dizendo, são eles impositivos ao tribunal que os produziu e aos demais órgãos jurisdicionais a ele vinculados e subordinados. Em igual modo o enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualista Civis: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

Um outro efeito do precedente é o persuasivo. “O precedente persuasivo (*persuasive precedente*) não tem eficácia vinculante; possui apenas força persuasiva (*persuasive authority*), na medida em que constitui ‘indício de uma solução racional e socialmente adequada’ (DIDIER JE, 2016, p. 521). Logo, nenhum magistrado está obrigado a segui-lo, mas, caso o siga, é porque está convencido de sua correção. Em outras palavras, eficácia persuasiva é o efeito mínimo de todo precedente.

Outro efeito atribuído aos precedentes é a eficácia de obstar a revisão de decisões. Tal efeito é visualizado quando não se admite a demanda, o recurso (inclusive a remessa necessária), bem como quando se nega a postulação, no mérito, de plano.

O efeito obstativo, em verdade, nada mais é do que um desdobramento do efeito vinculante do precedente. “Em algumas situações, o legislador permite que o órgão jurisdicional negue provimento (ou seguimento) a determinados recursos (inclusive remessa necessária) quando estiver em conflito com precedentes judiciais – jurisprudência ou súmula que a partir deles se constitua -, sobretudo com aqueles emanados das cortes superiores” (DIDIER JR, 2016, p. 522).

²⁵ Art. 927, § 1º, do Código de Processo Civil: “§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”; e Art. 10, do Código de Processo Civil: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Exemplos desse efeito estão presentes nos arts. 496, § 4º, e 932, IV, do CPC, senão vejamos:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (BRASIL, 2015).

Outro exemplo em que podemos observar o efeito obstativo está presente no art. 1.040, I, CPC, quando o legislador dispõe que a aplicação da tese firmada no julgamento de recursos repetitivos conduz à inadmissão dos demais recursos sobrestados pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, os quais serão considerados prejudicados se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior.

Veja que todos os dispositivos acima, em apertada síntese, limitam a prestação jurisdicional quando esta for contrária à um precedente vinculante. Por isso, diz-se que a eficácia obstativa decorre da eficácia vinculante do precedente.

Outro tipo de eficácia do precedente é a autorizante. Para ela, o precedente tem eficácia autorizante quando é determinante para a admissão ou acolhimento do ato postulatório (recurso, demanda ou incidente processual).

Exemplos dessa eficácia são vistos: na existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante que, nos moldes do art. 311, II, do CPC, autoriza a concessão de tutela de evidência independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo; quando o relator, por decisão monocrática, após garantido o contraditório, dá provimento ao recurso da decisão que contraria precedente ou enunciado de súmula.

“Há, ainda, casos de precedentes que permitem um julgamento monocrático e de plano de incidente processual, sem necessariamente determinar um juízo de denegação ou acolhimento” (DIDIER JR, 2016, p. 524). Hipóteses desse viés são consagradas pelo legislador ao tratar da possibilidade de julgamento de plano e por decisão singular do relator de conflito de competência, quando sua decisão tiver fundamento em enunciado de súmula do STF, do STJ e do próprio tribunal, ou ainda em precedente oriundo de julgamento de casos repetitivos ou assunção de competência, nos moldes do art. 955, parágrafo único, CPC.²⁶

Há ainda nos precedentes a eficácia rescindente ou deseficacizante. Nas palavras de Didier Jr (2016, p. 524) “o precedente pode, ainda, ter aptidão para *rescindir* ou retirar a *eficácia* de uma decisão judicial transitada em julgado”. Um exemplo dessa eficácia ocorre quando é prolatada uma decisão que se funde em lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal como inconstitucional. Nesse caso, a decisão será inexigível. Todavia, imperioso ressaltar que o precedente do STF deve, obrigatoriamente, ser anterior à decisão judicial para que se produza o efeito de deseficacizar. Caso o precedente do STF seja posterior ao trânsito em julgado da decisão judicial, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado da data do trânsito em julgado da decisão proferida pela Suprema Corte.

Outrossim, em virtude disso, pode-se cogitar uma revisão criminal com base em precedente penal mais favorável ao condenado – tese que é compatível com o sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr. sustenta que precedentes penais só podem incidir para beneficiar o indivíduo; tratando-se de fatos ocorridos antes do precedente, não poderia ele (precedente) vincular *in malam parte* – não se admitindo que vincule nem mesmo como precedente obtativo ou denegatório. Para os fatos pretéritos, os precedentes seriam meramente persuasivos. Já precedentes benéficos podem retroagir inclusive para revisão criminal das condenações (ZANETI, 2014, p. 391-396).

Há quem defenda ainda um efeito do precedente que permite a revisão da coisa julgada que diga respeito a uma relação jurídica sucessiva, como exemplo a relação jurídica tributária. (OLIVEIRA, 2013, p. 190).

Nesse sentido, o art. 505, I, do CPC, dispõe:

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

²⁶ Art. 955, parágrafo único, do Código de Processo Civil: “Parágrafo único. O relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em: I - súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; II - tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”.

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; (BRASIL, 2015).

Desse modo, um precedente do Supremo Tribunal poderia autorizar a revisão, com efeitos *ex nunc*, da sentença que regulasse uma relação jurídica tributária, a qual é exemplo perfeito de relação jurídica sucessiva. Dois exemplos são trazidos por Ataíde Jr.:

Exemplificando: a) se, em 2005, o segurado passou a auferir o benefício do auxílio acidente, quando a orientação do STJ era no sentido de que a moléstia de que era vítima ocasionava a incapacidade temporária para o trabalho, a superveniência, em 2006, de novo precedente do STJ entendendo que aquela moléstia não ensejava incapacidade para o trabalho, faz cessar o benefício, sem, porém, obrigar a restituição do que o segurado recebeu; b) do mesmo modo, suponha-se que o STJ, em 2006, mantinha entendimento pacífico no sentido de que determinadas atividades empresariais não se submetem ao pagamento do PIS/CONFINS e, outras deveriam recolher sob a alíquota “X”; se em fevereiro de 2007, a orientação jurisprudencial do STJ passou a ser no sentido de que aquelas determinadas atividades empresariais também deveriam recolher o PIS/CONFINS e, outras, que recolhiam sob a alíquota “X”, deveriam passar a recolher sob a alíquota “Y”, tal orientação deve ser imediatamente observada, fazendo cessar a isenção e obrigar o recolhimento com base na alíquota “Y” (BRASIL, 2015).

Dessarte, teríamos nessas situações acima o afastamento da coisa julgada devido o surgimento de novo precedente. Analisados os efeitos dos precedentes, passar-se-á à análise no tópico seguinte dos deveres dos tribunais.

2.3 DEVERES DOS TRIBUNAIS RELACIONADOS AO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

Os deveres dos tribunais ante ao sistema de precedentes são quatro e encontram-se elencados no art. 926, do CPC. Este dispositivo inova no ordenamento jurídico brasileiro ao prever que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

Prevê, desse modo, deveres gerais de observância obrigatória pelos tribunais no âmbito da construção e manutenção do sistema de precedentes. São eles: dever de uniformizar a jurisprudência; dever de manter a jurisprudência estável; dever de integridade; dever de coerência; e o dever de dar publicidade adequada aos seus precedentes. Cada um desses serão abordados a seguir.

O primeiro dever, de uniformizar a jurisprudência, corresponde ao fato de que o tribunal não pode ser omissivo diante de divergência interna de seus órgãos fracionários sobre uma mesma

questão jurídica. “O tribunal tem o dever de resolver essa divergência, uniformizando o seu entendimento sobre o assunto” (DIDIER JR, 2016, p. 540).

Para que ocorra o cumprimento do dever de uniformização, o art. 926, §1º, do CPC, dispõe que os tribunais sintetizarão sua jurisprudência dominante através da elaboração de súmulas, na forma do regimento interno deles. No entanto, nos termos do art. 926, § 2º, do CPC, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (BRASIL, 2015).

Dessarte, o legislador neutraliza o problema histórico dos enunciados de súmulas criados abstratamente, sem referência aos precedentes que levaram à sua confirmação.

Outro dever dos tribunais é o de manter a jurisprudência estável e, portanto, caso ocorra mudança de posicionamento (superação; *overruling*), essa deve ser justificada adequadamente, além de ter sua eficácia modulada, privilegiando a segurança jurídica (dever de estabilidade).

Dáí falar-se em um princípio chamado de “inércia argumentativa”, (DIDIER JR, 2016, p. 541) que corresponde à norma que estabelece a necessidade de uma forte carga argumentativa quando se pretende afastar o precedente (por distinção ou superação) diante de caso que se assemelhe àquele que ensejou sua formação, exigindo-se na decisão, desse modo, não apenas a fundamentação ordinária prevista no art. 489, *caput*, § 1º, do CPC, mas também uma fundamentação qualificada que justifica o *overruling* ou *distinguishing*. Não obstante, o princípio da inércia argumentativa também afirma que para a aplicação do precedente para a resolução de um caso semelhante não seria necessária uma fundamentação complexa como ocorre quando se pretende afastá-lo, ou seja, exige-se uma carga argumentativa mais fraca quando se pretende aplicá-lo.

“A ‘inércia argumentativa’ vem em prol da preservação do *status quo*, cuja modificação pressupõe razões extras até então não cogitadas ou enfrentadas” (DIDIER JR, 2016, p. 541). É salutar observar ainda que a estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive de seus órgãos fracionários.

Um outro dever dos tribunais, que não está na lista do art. 926, *caput*, do CPC, mas sim no art. 927, § 5º, é o de dar publicidade aos precedentes, a fim de tornar efetivo o sistema de precedentes judiciais. Para isso, é necessário redimensionar o princípio da publicidade, não sendo suficiente que as decisões sejam públicas. É preciso que se reconheça que essas decisões são fonte de precedentes com força jurídica, para que se lhe dê uma publicidade adequada.

É em razão disso que no art. 927, § 5º, do CPC, prevê que caberá aos tribunais organizar seus precedentes por tema e divulgá-los, de preferência, na rede mundial de computadores,

fazendo com que eles se tornem mais acessíveis aos juízes e jurisdicionados sob jurisdição do tribunal que os elaborou.

Restam ainda aos tribunais o dever de coerência e o dever de integridade. Ambos servem ao atingimento de um fim: a jurisprudência deve ser consistente. Apesar de eles serem deveres diferentes, os dois se complementam, uma vez que a soma de um com o outro resulta em uma jurisprudência consistente. Assim, uma jurisprudência pode ser coerente, contudo, inconsistente: o tribunal interpreta o Direito de modo coerente (do ponto de vista lógico), mas a argumentação que sustenta a *ratio decidendi* é frágil e lacunosa. Outrossim, uma jurisprudência pode ser íntegra, todavia, inconsistente: o tribunal decide com atenção à unidade do Direito ou às peculiaridades de determinado microssistema, mas o faz a partir de distinções inconsistentes, teorias obsoletas ou sem o enfrentamento de todos os argumentos suscitados em torno da controvérsia. Nesse sentido, Didier afirma que “qualificar uma jurisprudência como ‘consistente’ é, claramente, considerá-la ‘íntegra e coerente” (DIDIER JR, 2016, p. 545). Por isso, quanto mais argumentos suportem a tese jurídica firmada, mais consistente (íntegra e coerente) ela é.

Os deveres de coerência e integridade são pressupostos para que a jurisprudência possa ser universalizada, possa ser legitimamente aplicada a outros casos semelhantes. Não seria legítimo universalizar o que não é coerente ou íntegro.

No que tange ao dever de coerência, este possui duas dimensões: externa e interna.

Na dimensão externa, os tribunais devem coerência às suas próprias decisões anteriores e à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência. Ademais, assevera Lucas Buril que a coerência deve ser observada no espaço e no tempo.

Nas palavras dele:

[...] geograficamente, não se autorizando que a mesma situação jurídica seja tratada de forma injustificadamente diferente por órgãos locais díspares; e historicamente, precisando respeitar sua atuação anterior ou justificar a modificação da posição que foi adotada com referência e cuidado com o passado e suas consequências. (MACEDO, 2008, p. 433).

Já na dimensão interna, o dever de coerência relaciona-se à própria construção do precedente e, por isso, ao dever de fundamentação. Em outras palavras, é uma dimensão da congruência que se exige de qualquer decisão judicial, não se limitando apenas ao aspecto lógico – dever de não produzir uma decisão contraditória – mas também a outros atributos da decisão.

Como exemplo do dever de coerência, imagine o seguinte caso: um tribunal decide, em determinado caso, que a união entre homossexuais é considerada família para fins sucessórios; contudo, em outro caso com fins previdenciários decide que essa união não é família. Estar-se-ia, então, diante de latente caso de decisões incoerentes, pois não seria possível reconduzi-las a uma norma superior comum.

Em relação ao dever de integridade, sua ideia central está ligada à unidade do Direito. Outrossim, o Enunciado n. 456 do Fórum permanente de Processualistas Cíveis estabelece que “uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico”²⁷.

Decidir em conformidade com a unidade do ordenamento significa observar, no momento do julgamento, toda a complexidade do Direito (normas constitucionais, legais, administrativas, negociais, precedentes e outras). Dessa forma, para solucionar um caso concreto, deve-se levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e não só uma ou duas partes dele, tal como o “peso todo de uma esfera gravita sobre a superfície em que jaz, embora seja só um ponto em que toma contacto”. (BORGES apud DIDIER JR, 2016, p. 552)

Com efeito, é salutar compreender o Direito como um sistema de normas jurídicas, e não um amontoado delas, exigindo do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade. Consequentemente, reconhecer a existência de microssistemas normativos se faz necessária para, quando for o caso, o magistrado decidir conforme as regras desse microssistema.

Por fim, tem-se como exemplo para se entender com mais clareza o dever de integridade o seguinte: o acórdão dado pelo STF considerando que o inquérito penal tem natureza processual e é, por isso, tema de competência legislativa privativa da União (art. 22, I, CF),²⁸ fere a integridade quando há precedente dessa mesma Corte no sentido de que o inquérito civil é procedimento administrativo, para fins de reconhecer a competência dos estados para legislar supletiva ou suplementarmente sobre essa matéria (art. 24, XI, CF).²⁹

²⁷ <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>. Acesso em 20/10/2017 às 20:34h

²⁸ Cf. STF, Pleno, ADI n. 1615-6 MC/DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 12.06.1997, publicada no DPJ de 5.11.1997; STF, Pleno, ADI n. 3.896, rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 04.06.2008 e publicada no Dje de 08.08.2008.

²⁹ STF, Pleno, MC na ADI n. 1.285, rel. Min. Moreira Alves, j. em 24.10.1995, publicada no DPJ de 23.03.2001

3. REFLEXOS DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como se sabe, o Novo Código de Processo Civil trouxe uma gama de inovações em relação ao código anterior, dentre as mais importantes, a teoria dos precedentes. Neste capítulo serão abordadas as consequências que essa teoria pode vir a trazer dentro do controle difuso de constitucionalidade.

3.1 TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Como já dito, o art. 927 do CPC inovou ao estabelecer um rol de precedentes obrigatórios, que se distinguem entre si pelo seu procedimento de formação. Tal dispositivo, além de inovar, trouxe preceitos que podem trazer à tona a rediscussão da teoria da transcendência dos motivos determinantes, que já fora, outrora, criticada e afastada pela jurisprudência da Suprema Corte.

Para se entender a transcendência dos motivos determinantes, deve-se primeiramente saber que toda decisão de cunho judicial, em regra, é formada por três partes: relatório, fundamentação e dispositivo; o relatório é a parte da decisão utilizada para descrever os atos processuais e os dados fáticos desenvolvidos até o momento do julgamento; a fundamentação é a parte destinada à exposição das razões e motivos pelos quais se chegou a determinado posicionamento; o mérito, por sua vez, é a parte em que efetivamente se julga a demanda.

Segundo a transcendência dos motivos determinantes, tese oriunda do direito alemão, a eficácia vinculante do julgado não diz respeito tão somente à parte dispositiva, mas também à fundamentação do decisório. Ou seja, com base nessa teoria, se o Supremo declarasse inconstitucional determinada lei, em sede de controle abstrato, por exemplo, a fundamentação utilizada nessa decisão como razão de decidir (*ratio decidendi*) teria eficácia vinculante *erga omnes* e atingiria todas as leis materialmente iguais de outros estados, sem necessidade de se propor novas ações³⁰.

Como visto no capítulo um, no controle difuso de constitucionalidade a inconstitucionalidade da norma é analisada apenas de forma incidental para posteriormente adentrar ao real pedido da demanda. Nesse sentido, a análise da constitucionalidade da norma

³⁰ G. F. Mendes, O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um clássico de mutação constitucional, RIL, 162/165.

se dará na fundamentação da decisão e não em seu dispositivo, que se dedicará a julgar procedente ou improcedente o pedido subjetivamente afirmado em juízo, parte essa que efetivamente vincula as partes do processo, haja vista os efeitos da decisão serem *inter partes*. Contudo, já houve casos de julgados na Suprema Corte, como se verá mais à frente, em que a teoria da transcendência dos motivos determinantes foi aplicada em sede de controle difuso de constitucionalidade, dando eficácia vinculante *erga omnes* à fundamentação do julgado, em verdadeira abstrativização do controle incidental.

Como é cediço, o Brasil não adotou o sistema de controle constitucional americano por completo, uma vez que no direito norte-americano existe a figura do *stare decisis*, isto é, um precedente, mesmo que decidido para o caso concreto, torna-se de observância obrigatória nos demais casos que envolvam a mesma matéria, pois tem eficácia vinculante.

Em razão disso, a hipótese de uma decisão prolatada em sede de controle difuso adquirir eficácia vinculante contra todos decorre da competência privativa para publicação desse julgado através de resolução do Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal³¹. Contudo, Gilmar Mendes, defensor da tese da transcendência, em sentido contrário a esse entendimento, afirma ser:

[...] 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 tradicional constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica “reforma da Constituição sem expressa modificação de texto”.³²

Na mesma linha, o Ministro Teori Albino Zavascki, também em sede doutrinária, sustenta a transcendência com caráter vinculante, de decisão sobre a constitucionalidade de lei, mesmo em sede de controle difuso³³. Nesse sentido, podemos observar seu posicionamento no trecho do voto que se segue, quando ainda era ministro do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 6. A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável

³¹ Art. 52, inciso X, da Constituição Federal: “Art. 52. 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”.

³² G. F. Mendes, O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um clássico de mutação constitucional, RIL, 162/165.

³³ T. A. Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 135-136.

e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC/73, art. 481, § único: 'Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC/73, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05 ...). Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países (SOTELO, José Luiz Vasquez. *A jurisprudência vinculante na 'common law' e na 'civil law', Temas atuais de direito processual ibero-americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 374; SEGADO, Francisco Fernandez. *La obsolescencia de la bipolaridad 'modelo americano-modelo europeo kelseniano' como critério analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*, apud Parlamento y Constitución; Universidad de Castilla-La Mancha, Anuário (separata), n. 6, p. 1-53). No atual estágio de nossa legislação ... é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes...

Em virtude disso, a doutrina tem questionado se a prerrogativa do Senado Federal para suspender as leis declaradas inconstitucionais pela via difusa ainda se afirmar, visto que parte dela entende que se deva retirar do sistema jurídico pátrio a intervenção do Senado, reconhecendo-se às decisões do Supremo Tribunal Federal efeito *erga omnes* e vinculante, à semelhança do *stare decisis* da Suprema Corte dos Estados Unidos (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 176).

No entender de Gilmar Mendes, a competência do Senado no controle difuso não se ajusta às novas premissas do controle constitucional, tendo sofrido um “processo de obsolescência” (MENDES, 2011, p. 1158-1159).

Para o autor, como dito alhures, o art. 52, X, da CF sofreu uma mutação constitucional e a competência do Senado Federal, no controle difuso de constitucionalidade, passou a ter mero efeito de publicidade (MENDES, 2011, p. 1157). Nessa linha, em seu voto, vencido, no julgamento da Rlc 4.335, na qual a Defensoria Pública da União (DPU) questionou decisão do juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (AC) que negou a dez condenados por crimes hediondos o direito à progressão de regime prisional, o Ministro sepultou de vez a regra do art. 52, X, CF, aproximando o controle difuso do controle concentrado, traduzindo importante perspectivas em termos de abstrativização do controle incidental e de consagração da tese de transcendência da *ratio decidendi*. A fim de elucidar o exposto acima, segue trecho do seu voto:

[...] parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à

conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, 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. [...] 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 de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais [...] Portanto, a não publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X, da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica.

Ao contrário da Emenda Constitucional, que possui um processo rígido e formal para a alteração da Constituição Federal, conforme previsto no seu art. 60, a mutação é uma modificação informal do sentido da CF, uma vez que não ocorre alteração no texto. Essa mudança interpretativa se mostra pertinente quando há uma relação de conflito entre “o direito constitucional e a realidade constitucional” (NOVELINO, 2008, p. 144).

Em decorrência do destaque atribuído ao controle abstrato, parte da doutrina tem sustentado a ocorrência de um “movimento de convergência” (LEAL, 2011, p. 494) entre os dois modelos constitucionais. Para Barros esses sistemas se “misturam”.³⁴

A doutrina denominou de “abstrativismo” esta tendência de aplicar os efeitos do controle abstrato ao controle concreto (difuso). A propósito, essa inclinação não é só doutrinária, uma vez que o STF também a aplicou em alguns julgados, conforme se demonstra a seguir.

Os dois casos que ficaram conhecidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, face a aplicação da transcendência dos motivos determinantes nesses julgados, foram “Mira Estrela” e “progressão do regime na lei dos crimes hediondos”.

O primeiro caso sob análise é o RE 197. 917/SP, que trata de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual de São Paulo, objetivando reduzir o número de vereadores do município de Mira Estrela, sustentando a inconstitucionalidade do art. 6º, parágrafo único, da respectiva Lei Orgânica do município por afronta à Constituição Federal em seu art. 29, inciso IV, alínea “a”. O juiz de primeiro grau declarou a inconstitucionalidade e determinou a extinção dos mandatos que excediam à determinação constitucional. O Município e a Câmara de Vereadores interpuseram apelação e o Tribunal acolheu o recurso. Em virtude disso, a discussão foi até o Supremo, o qual declarou a inconstitucionalidade do dispositivo questionado, porém, protelou os efeitos do julgado para o futuro, após o fim do mandato dos vereadores.

³⁴ BARROS. O senado e o controle de constitucionalidade

No que tange ao efeito temporal, verifica-se que o STF aplicou ao caso efeito *ex nunc*, sob o argumento de que, se assim não fosse, a segurança jurídica estaria em risco, uma vez que atingiria o legislativo vigente e que, excepcionalmente, em nome da prevalência do interesse público, a decisão – proferida pela via difusa – projetaria seus efeitos para o futuro.

A modulação temporal dos efeitos tem previsão legal nos artigos 27 e 11, das leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99. Ocorre que essas leis tratam de ações constitucionais processadas pela via abstrata de inconstitucionalidade, o que leva a crer que o STF aplicou efeitos do controle abstrato mesmo nas ações processadas pela via difusa – adotando a abstrativização.

Depois de o STF apreciar este caso pela via difusa, o Tribunal Superior Eleitoral aplicou para todos os municípios o entendimento adotado no caso do Município de Mira Estrela, emitindo a Resolução n. 21.702/04, a qual foi objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.345/05 e n.3.365/05, as quais foram julgadas improcedentes, porquanto o STF entendeu à época que a fundamentação do julgado que originou a resolução do TSE transcendeu o caso concreto, sendo aplicável aos demais casos que tratem da mesma matéria, adotando a transcendência dos fundamentos da decisão.

Notou-se essa tendência também na decisão da Corte proferida no *Habeas Corpus* 82.959, (BRASIL, 2006) oportunidade na qual o Supremo entendeu que a vedação à progressão de regime no caso de crimes hediondos, prevista no art. 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90, era inconstitucional.

No entanto, como a decisão foi proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, ela teria – em tese – efeito *ex tunc*. Todavia, a corte asseverou que, com relação às penas já extintas até a data do julgamento, a decisão não geraria efeito, ou seja, a decisão não retroagiria.

Nessa construção, o Ministro Gilmar Mendes mostrou, em seu voto, a possibilidade de adequar os efeitos da decisão também no controle difuso, votando, inclusive, pela concessão de efeito *ex nunc* no *habeas corpus* em apreço.

3.2 RELAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES COM O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Feitas essas considerações acerca da tese da transcendência dos motivos determinantes, passemos à análise de como a teoria dos precedentes pode repercutir dentro do controle difuso de constitucionalidade.

Como já explanado no segundo capítulo, o precedente judicial é formado pela *ratio decidendi*, que se encontra na fundamentação do julgado proferido. O art. 927 do CPC inovou ao trazer eficácia vinculante dos incisos III a V, contudo, também inovou ao prever nesse rol a eficácia vinculante das decisões prolatadas em sede controle concentrado de constitucionalidade. Numa primeira leitura, pode-se concluir não se tratar de grande novidade legislativa, considerando-se que o art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999,³⁵ prevê a eficácia *erga omnes* do controle concentrado constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, não se descarta a possibilidade de o legislador ter incluído a decisão do controle concentrado de constitucionalidade no rol do art. 927 do Novo CPC apenas com o objetivo de tornar o rol exauriente, tese corroborada pela inclusão também da súmula vinculante, que tem sua eficácia vinculante já prevista em texto constitucional, a exemplo da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade. Mas é possível que seja extraída uma utilidade, e de extrema importância, na previsão ora analisada, distinguindo-se a eficácia *erga omnes* da coisa julgada material gerada no controle concentrado de constitucionalidade, já consagrada no texto constitucional, da eficácia vinculante dos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*), consagrada no art. 927, inciso I, do Novo Código de Processo Civil. (ZANETI, 2015, p. 1321).

Assim, uma decisão dada em controle abstrato de constitucionalidade geraria dupla eficácia vinculante, uma decorrente do dispositivo da decisão e outra da fundamentação. A fim de elucidar, imagine-se o seguinte exemplo: no julgamento de uma ADI, o STF entende que uma lei estadual n.100/2010 é inconstitucional por invadir matéria de competência de lei federal. A coisa julgada vincula todos à seguinte decisão: a lei estadual n. 100/2010 é inconstitucional; a eficácia do precedente recai sobre a seguinte *ratio decidendi*: “lei estadual não pode versar sobre determinada matéria, que é da competência da lei federal. Assim, se for editada em outro estado uma nova lei estadual tratando da mesma matéria da lei anterior julgada inconstitucional, arguida sua inconstitucionalidade em controle difuso, deverá ser observado o precedente prévio e obrigatório do STF sobre a matéria.”³⁶

Nesse sentido, o enunciado n. 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe que “os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de

³⁵ Art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999: “Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

³⁶ <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf> Acesso em: 04/12/17 às 19h

constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos os órgãos jurisdicionais”.

Sob tal ótica, a coisa julgada ultrapassaria os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo também a norma decisória concreta, que seria aquela ideia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes.

O efeito transcendente à fundamentação da decisão implica maior prestígio aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da celeridade processual, haja vista que uma inconstitucionalidade contida em determinada lei ou ato normativo poderia ser de plano reconhecida, com base em interpretação firmada pelo Supremo Tribunal Federal quando da declaração de inconstitucionalidade de norma de teor substancialmente idêntico, tornando possível se repelir normas manifestamente inconstitucionais sem que um dos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal tenha que provocar a jurisdição do Supremo para que este se manifeste sobre questão idêntica a outra já resolvida.

A defesa desse efeito vinculante proveniente da fundamentação se explica, dentre outros fundamentos, pelo fato de o controle difuso de constitucionalidade, apesar de incidental e ocorrer num caso concreto, tratar-se de um processo objetivo, já que analisa a lei em abstrato, tal como ocorre numa Ação Direita de Inconstitucionalidade. Em razão de tal fundamento, é considerado um incidente de natureza estritamente objetiva.

Desse modo, Didier Jr (2016) afirma que:

A cláusula de reserva de plenário é instrumento do controle difuso de constitucionalidade; todavia, é exemplo de procedimento objetivo, o que significa dizer que o tribunal, quando for decidir se a lei é constitucional ou não, decidirá a questão abstratamente, em tese (como se estivesse em uma ADI). Tanto é verdade que ele vai analisar tal questão apenas uma vez, pois essa decisão vincula o tribunal para as causas similares futuras (DIDIER JR, 2016, p. 432).

Tratou-se acima do controle incidental dentro do controle concentrado de constitucionalidade, todavia, há ainda autores que defendem ainda a eficácia vinculante proveniente única e simplesmente da decisão prolatada apenas em controle difuso.

Júnior (2017, p. 180) entende, por exemplo, com fundamento nos artigos 10, 489, parágrafo primeiro, e 927 do Código de Processo Civil de 2015, que este novel código encerra a discussão da intervenção do Senado na jurisdição constitucional incidental. Em suas palavras: “penso que a decisão do Supremo Tribunal Federal, que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no caso concreto, passará a vincular todos os juízes e tribunais,

independentemente da Resolução suspensiva do Senado Federal”. É em razão disso que pode-se defender, hodiernamente, que, com as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, não há razão para se afirmar que uma decisão prolatada em sede de controle incidental não tem a eficácia vinculante da prolatada em controle concentrado, uma vez que ambas são dadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, é cediço que o juiz deve zelar pelo contraditório para a formação do precedente, bem como será considerada nula, por falta de fundamentação, a decisão que deixar de aplicar o precedente invocado sem demonstrar “*distinguishing*” ou “*overruling*”. Desse modo, como a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo firma um precedente, inclusive com a autoridade de coisa julgada (ilação tirada do art. 503, § 1º, do novo CPC)³⁷ que seguramente vinculará todos os demais órgãos do Poder Judiciário, ela não poderá deixar de ser seguida caso o precedente seja invocado por uma das partes, salvo se o juiz ou Tribunal demonstrar: a existência de distinção (*distinguishing*) no caso em julgamento, ou seja, demonstrar que os pressupostos de fato e de direito que motivaram a formação do precedente não são os mesmos do caso concreto, que exige solução jurídica diversa, não cabendo no caso o precedente invocado; ou que houve a superação do entendimento (*overruling*), de modo que o próprio precedente invocado pela parte foi alterado ou revisto pelo Tribunal do qual ele emanou.

Por todo exposto, dúvidas não restariam acerca da aplicação automática do efeito vinculante do precedente no âmbito do controle incidental de constitucionalidade, com o advento da nova sistemática introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015.

De igual modo Neves (2016) afirma que:

Qualquer órgão jurisdicional, no julgamento de qualquer processo, recurso ou reexame necessário (nesse caso somente tribunais de segundo grau), pode declarar de forma incidental a inconstitucionalidade de uma norma legal, mas nesse caso não há qualquer eficácia vinculante de tal declaração. Essa realidade, entretanto, é mais sensível no caso de tal controle incidental ter sido realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Nos estritos termos do art. 927, I, do Novo CPC, essa espécie de controle de constitucionalidade, mesmo que realizada pela Corte constitucional, não tem eficácia vinculante, já que o dispositivo legal é suficientemente claro aos estabelecer tal eficácia somente à declaração de inconstitucionalidade realizada de forma concentrada, portanto, o controle de constitucionalidade por meio de processo objetivo. Ocorre, entretanto, que os arts. 525, § 12, e 535, § 5º, do Novo CPC

³⁷ Artigo 503, § 1º, do Código de Processo Civil: “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”.

permitem que a alegação de coisa julgada inconstitucional em sede de impugnação ao cumprimento de sentença tenha como fundamento a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal tanto em controle concentrado como em controle difuso.

A contradição é, na realidade apenas aparente, porque se o inciso I do art. 927 do Novo CPC a sugere, o inciso V do mesmo dispositivo parece afastá-la. Tendo a orientação do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal eficácia vinculante, é possível se concluir que mesmo no controle difuso de constitucionalidade haverá eficácia vinculante, se não em razão do inciso I do art. 927 do Novo CPC, pelo inciso V do mesmo dispositivo Legal (NEVES, 2016, p. 1309).

Tal orientação trazida no inciso V do dispositivo acima deve ser interpretada como uma decisão, uma vez que o órgão jurisdicional não tem natureza consultiva. Dessa forma, pode-se entender que passam a ter eficácia vinculante as decisões colegiadas proferidas no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Diante de tais motivos até agora apresentados, poder-se-ia entender que o Novo Código de Processo Civil trouxe dispositivos que corroboram com a tese de mutação constitucional do art.52, inciso X, da CF, uma vez que aproximou o controle difuso do concentrado. Deve-se tomar cuidado, entretanto, para não se subverter a lógica do ordenamento jurídico. Não se está falando em interpretar o art. 52, inciso X, da CF em face do NCPC, afirmando que tal dispositivo sofreu mutação constitucional por causa de algumas normas trazidas no Novo Código de Processo Civil, mas sim em afirmar que essas normas trazidas apenas fortificaram a ideia de mutação que já existia antes da entrada em vigor do novo código.

Embora os argumentos expostos até agora sejam no sentido da dispensa da publicação da resolução do Senado Federal para conferir efeitos *erga omnes* às decisões dadas em controle difuso, não é esse o posicionamento adotado neste trabalho. Não obstante a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante atraente, relevante e eficaz, sobretudo no que tange à economia processual, à efetividade do processo, à celeridade processual e à implementação do princípio da força normativa da Constituição Federal, parece-me faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras constitucionais, para a sua implementação. Nessa, portanto, não havendo suspensão pelo Senado Federal, a lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto.

Desse modo, levando-se em consideração que a lei declarada inconstitucional em controle difuso não produz efeitos vinculantes, somente mediante necessária reforma constitucional, a qual modificasse o art. 52, X, e a regra do art. 97 da CF, é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência – da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso de constitucionalidade, com caráter vinculante.

Ademais, admitir que a Suprema Corte interprete no sentido de haver mutação constitucional do art. 52, X, da CF é admitir que o Senado Federal passou a ser órgão de simples publicidade da decisão concreta, em verdadeiro desrespeito à clausula pétrea de separação e autonomia dos poderes, uma vez que ao STF não foi dado o poder de reforma. Por isso, não se deve rechaçar a possibilidade de resolução do Senado Federal a fim de dar a eficácia *erga omnes*. Dessa forma, um dos argumentos fortes que afastam a teoria alemã da transcendência é possibilidade de edição de súmula vinculante pelo STF, o que, no entender deste trabalho, seria muito mais legítimo e eficaz, além de respeitar a segurança jurídica, evitando-se o casuísmo.

Outrossim, admitindo-se a tese da transcendência, estar-se-ia admitindo também a possibilidade de cabimento de reclamação constitucional, a fim de garantir a observância de decisão prolatada em controle incidental. Contudo, para o ajuizamento de reclamação faz-se-ia necessária também uma mudança na Carta Magna, através de emenda constitucional, a fim de prever nova hipótese de cabimento de tal instituto jurídico sobre decisão dada em controle difuso de constitucionalidade.

Entende-se neste trabalho que o art. 927 do CPC, bem como outros novos dispositivos desse código, buscaram, em verdade, criar uma cultura de observância dos precedentes, tratando-se de normas programáticas e não de imposição.

Com efeito, a cultura dos precedentes também deve ser analisada com o devido cuidado. Não é difícil verificar na prática forense juízes valendo-se dos entendimentos já consagrados nos tribunais superiores de forma mecânica, sem qualquer preocupação na identificação do caso concreto com o precedente. Isso ocorre, em grande parte, devido ao volume absurdo de trabalho encontrado no cotidiano do magistrado. Assim, teme-se que com a adoção da eficácia vinculante no controle difuso, os julgadores apliquem o precedente de forma errada, porquanto esta aplicação decorre de um ato hermenêutico e não mecânico, haja vista a *ratio decidendi* encontra-se dentro da fundamentação da decisão. Com efeito, conforme ensina a doutrina, a *ratio decidendi* do precedente, a exemplo da norma legal, deve ser objeto de interpretação para ser aplicada, sendo naturalmente mais restrito o espaço de interpretação, visto que o precedente já resulta da interpretação do texto legal (PEIXOTO, 2015, p. 176)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que o Novo Código de Processo Civil trouxe mudanças significativas para o nosso ordenamento jurídico, uma delas foi a eficácia vinculante de alguns precedentes. Ocorre que essa eficácia pode trazer reflexos diretos no controle difuso de constitucionalidade, bem como na valoração da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Como mostrado neste trabalho, a teoria da transcendência dos motivos determinantes já fora aplicada pelo Supremo Tribunal Federal em alguns julgados, e a doutrina que a defende entende que a justificativa da aplicação do efeito transcendente decorre de o STF ser o órgão de cúpula do Judiciário, encarregado da guarda e da defesa da Constituição, incumbido de dar a palavra final em sede de exegese constitucional, sendo que o desrespeito, pelos demais tribunais, à sua interpretação, acarretaria o enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Da aplicação da referida teoria decorrem ônus e bônus. A vantagem do efeito transcendente à fundamentação da decisão é o prestígio aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da celeridade processual, haja vista que uma inconstitucionalidade contida em determinada lei ou ato normativo poderia ser de plano reconhecida com base em interpretação firmada pelo Supremo Tribunal Federal quando da declaração de inconstitucionalidade de norma de teor substancialmente idêntico, tornando possível se repelir normas manifestamente inconstitucionais sem que um dos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal tenha que provocar a jurisdição do Supremo para que este se manifeste sobre questão idêntica a outra já resolvida.

Todavia, apesar de seus aspectos positivos, a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes implica ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal, sem qualquer previsão constitucional ou legal sobre isso. Por essa razão e considerando que a vinculação do Executivo e dos demais órgãos do Judiciário também aos fundamentos da decisão proferida pelo Pretório Excelso acarreta limitação à atuação destes, entende-se que para a atribuição de efeito transcendente seria necessária previsão expressa em lei ou na própria Constituição.

Assim, a teoria da transcendência dos motivos determinantes, que ingressou no ordenamento jurídico por construção doutrinária e jurisprudencial embasada em direito estrangeiro, e pode ganhar força novamente a partir da eficácia vinculante atribuída aos precedentes judiciais trazidos pelo NCPC, apesar de suas inegáveis vantagens, implica engrandecimento injustificado dos poderes do Supremo Tribunal Federal.

Esse entendimento toma feição ainda mais evidente quando se refere à abstrativização do controle concreto, hipótese em que entende o Supremo Tribunal Federal que a decisão por ele proferida em sede de controle difuso, pela via concreta, também teria eficácia contra todos e efeito vinculante, ante a tese de mutação constitucional sofrida pelo artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, o que implicaria a possibilidade de atribuir-se efeito transcendente também a essa decisão.

Nesse caso, de igual modo, entende-se que até que haja previsão constitucional ou legal sobre a aplicação dos efeitos do controle abstrato ao controle difuso, parece mais sensato e prudente que a decisão só venha ser dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante com a suspensão da execução da lei, no todo ou em parte, pelo Senado Federal, respeitando-se o texto expresso da Constituição Federal.

Nesse diapasão, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal vem demonstrando tendência de aproximação entre o controle abstrato e o concreto no seu âmbito de atuação e, ainda, através de mecanismos que aumentam seus poderes, sem qualquer previsão positivada sobre isso, fatos esses que podem se alarmar com o publicação do Novo Código de Processo Civil.

Embora não se possa negar que existem muitos institutos ultrapassados que obstruem uma prestação jurisdicional efetiva e mesmo quem defende a permanência do art. 52, X, da CF, reconheça que ele está obsoleto, fato é que não há diploma legal que permita o afastamento dessa prerrogativa do Senado Federal. Diante disso, conclui-se com esta pesquisa que as teorias da abstrativização e da transcendência dos motivos determinantes da sentença são bastante sedutoras e talvez possam agregar valor ao ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo com a entrada em vigor do NCPC, o qual trouxe consigo a eficácia vinculante de uma série de precedentes. No entanto, elas precisam ser amadurecidas até que possam ser legitimadas por EC, pois a Constituição não pode se furtar de positivar em seu próprio texto as mudanças relativas ao controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+82959.NME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+82959.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ayxgn8h>> Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. **Congresso Nacional**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. **Lei nº. 13.105**, de 16 de março de 2015. Congresso Nacional. Brasília, 2015. <Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 06 nov. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática. 6.ed., rev., ampl. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2012.

DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira - 12. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIDIER Jr.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Bahia: Podivm. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade – II**, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade**. Teoria e Prática. Salvador: Juspodivm, 2017.

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

_____. **A convergência dos Sistemas de Constitucionalidade**: aspectos processuais e institucionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. RDCI 57/62, out. – dez. 2006. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (organizadores). Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos: doutrinas essenciais (...). vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves - 8. ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Bahia: Juspodivm, 2008.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**. São Paulo: RT, 2015. Neste sentido, ainda, STJ, Corte Especial, MS n. 11.045/DF, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 03.02.2010, publicado no DJe de 25.02.2010.

PEIXOTO, Ravi. **Aspectos materiais e processuais da superação de precedente no direito brasileiro. Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de constitucionalidade** / Zeno Veloso, Belém: Cejup, 1999.

ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Jus Podivm, 2014.