

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – UFES
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

RAUNER AILTON BATISTA PEREIRA

**A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES POR VIA DE
DECISÕES EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE**

VITÓRIA-ES

2023

RAUNER AILTON BATISTA PEREIRA

**A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES POR VIA DE
DECISÕES EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Processual, na linha de pesquisa Sistema de Justiça, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Coletivos.

Orientador: Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux.

VITÓRIA-ES

2023

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

P436f Pereira, Rauner Ailton Batista, 1993-
A formação de precedentes judiciais vinculantes por via de decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade / Rauner Ailton Batista Pereira. - 2023.
159 f.

Orientador: Geovany Cardoso Jevaux.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. direito processual. 2. controle de constitucionalidade. 3. precedentes judiciais. I. Jevaux, Geovany Cardoso. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

AGRADECIMENTOS

Este trabalho, direta ou indiretamente, contou com o apoio e fortalecimento de diversas pessoas, as quais buscarei agradecer neste momento. A Deus, primeiramente, que me possibilitou passar por este ciclo. Ainda que com percalços e superações, me concedeu força, saúde e resiliência.

Agradeço a minha avó materna Sônia Maria de Almeida, em memória, que através de seus esforços me concedeu tudo para garantir que tivesse a consciências e as possibilidades frente aos desafios que passaria em minha vida. A minha mãe Andressa e meus irmãos Matheus e Maykon, que apesar da distância, estiveram me apoiando e torcendo por mim em todos os momentos.

A meu tio Jorge, a quem estive comigo me acompanhando em todos os momentos deste período, especialmente me dando forças nos difíceis. Aos meus tios Alex e Geórgia, pelo suporte incondicional e pelos conselhos prestados, aos quais levarei para a vida.

Agraço a minha namorada e companheira Débora, pessoa que tive a felicidade de encontrar durante este ciclo de estudos e que estará para sempre em minha vida. Seu apoio e parceria durante o desenvolvimento do presente trabalho foram essenciais para alcançar o resultado nele disposto.

Agradeço à Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, instituição a qual já nutria o desejo de integrar e, mesmo em um momento complexo, tive a oportunidade. A todos os seus funcionários, que com toda a disposição me auxiliaram no desenvolvimento.

Agradeço a meu orientador, o Professor Dr. Geovany Cardoso Jevaux, pela oportunidade a mim concedida de ser seu orientando. Ademais, agradeço por todos os ensinamentos durante as reuniões de orientação e no projeto, bem como durante o estágio em docência nas matérias da graduação de Teoria do Estado e Teoria da Constituição, e na matéria do mestrado de Teoria da Justiça.

Agradeço a todos os docentes da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, os quais, direta ou indiretamente, me auxiliaram tanto na construção desta dissertação, quanto no meu desenvolvimento enquanto acadêmico e humano.

Por fim, agradeço a todos aqueles que estiveram em minha vida durante este ciclo do mestrado, pois me apoiaram, criticaram, compreenderam e desenvolveram. Que

todo o impacto que tive neste período de estudo possa um dia ser revertido para influenciar na vida dos próximos acadêmicos e do Direito brasileiro.

RESUMO

As determinações dos artigos 926 a 928 da Lei n. 13.105/2015, especialmente, atribuíram as Cortes e aos órgãos inferiores à obrigação de observarem as elencadas decisões com o objetivo de extrair os precedentes vinculantes. A formação dos precedentes judiciais vinculantes a partir das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade precisa ser compreendida e evidenciada, diante dos impactos que estas têm em toda a sociedade brasileira. A partir dessa análise será possível desenvolver e evoluir a constituição do precedente, uma vez o Supremo Tribunal Federal ter se tornado protagonista nos casos de correção de atuações legislativas ou para a defesa da população por meio de ações, ou omissões prejudiciais. A análise da formação de precedentes judiciais vinculantes por via de ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade se coaduna com aprofundamento amplo do que se poderia depreender dos termos “Justiça, Processo e Constituição”, conforme determinar o PPGDir na exposição da área de concentração do curso. A linha de pesquisa “Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Individuais e Coletivos” tem como escopo a discussão e análise do processo, doutrina, legislação e jurisprudência enquanto meios para a solução de conflitos, realização de justiça e pacificação social. Não se furta de permitir ao intérprete realizar as releituras e se adequando aos novos paradigmas, objetivando a atenção às nuances atuais da sociedade. A suprema corte precisará adequar seu procedimento de julgamento, tanto em ambiente físico quanto no virtual, de modo a privilegiar a deliberação entre os membros e a fundamentação constante dos votos. Analisando a atual forma, temos que os precedentes judiciais não estão sendo devidamente formados. Há que se observar efetivamente o dever de fundamentação e o princípio do contraditório, garantindo a participação dos diversos atores interessados que tenham a capacidade de contribuir no desenvolvimento do Direito.

Palavras-chave: direito processual; processo constitucional; controle de constitucionalidade; precedentes vinculantes; *ratio decidendi*.

ABSTRACT

The determinations of articles 926 to 928 of Law n. 13.105/2015, in particular, assigned the Courts and lower bodies the obligation to observe the listed decisions with the aim of extracting binding precedents. The formation of binding judicial precedents based on decisions based on abstract control of constitutionality needs to be understood and evidenced, given the impacts they have on Brazilian society as a whole. Based on this analysis, it will be possible to develop and evolve the constitution of precedent, since the Federal Supreme Court has become a protagonist in cases of correction of legislative actions or for the defense of the population through harmful actions or omissions. The analysis of the formation of binding judicial precedents through actions in the context of concentrated constitutionality control is consistent with a broad deepening of what could be inferred from the terms “Justice, Process and Constitution”, as determined by the PPGDir in the exposition of the area of concentration of the course. The line of research “Systems of Justice, Constitutionality and Protection of Individual and Collective Rights” has as its scope the discussion and analysis of the process, doctrine, legislation and jurisprudence as means for resolving conflicts, achieving justice and social pacification. It does not shy away from allowing the interpreter to carry out the re-readings and adapting to the new paradigms, aiming to pay attention to the current nuances of society. The supreme court will need to adapt its trial procedure, both in a physical and virtual environment, in order to favor deliberation among members and the constant justification of votes. Analyzing the current form, we have that the judicial precedents are not being properly formed. It is necessary to effectively observe the duty of reasoning and the adversarial principle, guaranteeing the participation of the various interested actors who have the capacity to contribute to the development of the Law.

Keywords: procedural law; constitutional process; judicial review; binding precedents; *ratio decidendi*.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	OS PRIMEIROS PASSOS... BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA A RESPEITO DA FORMAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	13
1.1	O SURGIMENTO DOS MECANISMOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	13
1.2	O ELEMENTO BASE PARA O INSTITUTO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: A DOCTRINA DO <i>STARE DECISIS</i>	19
1.3	PRECEDENTES JUDICIAIS: CONCEITOS E ELEMENTOS TRADICIONAIS PARA SUA FORMAÇÃO E APLICAÇÃO.....	25
1.4	A DISTINÇÃO E A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS: OS MECANISMOS PARA O NÃO ENRIJECIMENTO DO DIREITO..	33
1.5	O PONTO DE ENCONTRO ENTRE OS MECANISMOS: OBSERVAÇÕES SOBRE A COMPLEXIDADE NO DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DOS PRECEDENTES JUDICIAIS..	40
2	E EM NOSSA TERRA... O CAMINHO PERCORRIDO PARA A INTRODUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	44
2.1	A ESTRADA PERCORRIDA PARA A FORMAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	44
2.2	HAVIA PRECEDENTES JUDICIAIS ANTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015?.....	52
2.3	ASPECTOS GERAIS DO MODELO DE PRECEDENTES JUDICIAIS APRESENTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	60
2.4	CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	68
3	POR VIA DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: (HÁ?) A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES.....	75
3.1	A DISSOCIAÇÃO ENTRE O EFEITO VINCULANTE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O EFEITO VINCULANTE DO PRECEDENTE JUDICIAL.....	75
3.2	A CARACTERIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DOS PRECEDENTES	82

	PELA PREVISÃO DO ARTIGO 927, I, DO CPC.....	
3.3	O PAPEL DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	90
3.4	O PROBLEMA SOBRE A ANÁLISE DAS DECISÕES EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	98
3.5	HÁ FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES EM JULGAMENTOS OCORRIDOS EM PLENÁRIO VIRTUAL?.....	105
4	E NA PRÁTICA?... ANÁLISE DE JULGAMENTOS EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	112
4.1	AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 66, DISTRITO FEDERAL.....	112
4.1.1	Breve síntese dos fatos em julgamento.....	112
4.1.2	Dos votos dos Ministros.....	114
4.1.2.1	Voto da Ministra Relatora Carmén Lúcia.....	114
4.1.2.2	Voto do Ministro Marco Aurélio.....	116
4.1.2.3	Voto da Ministra Rosa Weber.....	117
4.1.2.4	Voto-vista do Ministro Dias Toffoli.....	118
4.1.3	Busca pela <i>ratio decidendi</i> vinculante.....	119
4.2	ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 198, DISTRITO FEDERAL.....	119
4.2.1	Breve síntese dos fatos em julgamento.....	119
4.2.2	Dos votos dos Ministros.....	121
4.2.2.1	Voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia.....	121
4.2.2.2	Voto do Ministro Edson Fachin.....	123
4.2.2.3	Voto do Ministro Marco Aurélio.....	124
4.2.2.4	Voto do Ministro Alexandre de Moraes.....	125
4.2.2.5	Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.....	126
4.2.3	Busca pela <i>ratio decidendi</i> vinculante.....	126
4.3	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.446, DISTRITO FEDERAL.....	127
4.3.1	Breve síntese dos fatos em julgamentos.....	127
4.3.2	Dos votos dos Ministros.....	127
4.3.2.1	Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes.....	127
4.3.2.2	Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.....	129
4.3.2.3	Voto do Ministro Alexandre de Moraes.....	130

4.3.2.4	Voto do Ministro Edson Fachin.....	131
4.3.2.5	Votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Celso de Mello e da Ministra Rosa Weber.....	131
4.3.2.6	Voto do Ministro Luiz Fux.....	132
4.3.3	Busca pela <i>ratio decidendi</i> vinculante.....	133
4.4	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.512, MATO GROSSO DO SUL.....	134
4.4.1	Breve síntese dos fatos em julgamento.....	134
4.4.2	Dos votos dos Ministros.....	134
4.4.2.1	Voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia.....	134
4.4.2.2	Votos dos Ministros Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.....	136
4.4.2.3	Voto do Ministro Alexandre de Moraes.....	136
4.4.2.4	Voto do Ministro Edson Fachin.....	136
4.4.2.5	Voto da Ministra Rosa Weber.....	137
4.4.3	Busca pela <i>ratio decidendi</i> vinculante.....	138
	CONCLUSÃO.....	139
	REFERÊNCIAS.....	145

INTRODUÇÃO

Esta dissertação de mestrado foi produzida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. O tema apresentado analisa ponto processual que foi ampliado e elevado com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015: os precedentes judiciais vinculantes. Ademais, o seu conteúdo, tal como exposto no Código, traz influências diretas no processo constitucional, especialmente nas ações de controle de constitucionalidade.

A análise da formação de precedentes judiciais vinculantes por via de ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade se coaduna com aprofundamento amplo do que se poderia depreender dos termos “Justiça, Processo e Constituição”, conforme determinar o PPGDir na exposição da área de concentração do curso.

A linha de pesquisa “Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Individuais e Coletivos” tem como escopo a discussão e análise do processo, doutrina, legislação e jurisprudência enquanto meios para a solução de conflitos, realização de justiça e pacificação social. Não se furta de permitir ao intérprete realizar as releituras e se adequando aos novos paradigmas, objetivando a atenção às nuances atuais da sociedade.

Partindo desta premissa, o levante dos precedentes judiciais vinculantes trouxe nova análise quanto as decisões processuais, pois estas trarão maior estabilidade e segurança jurídica quanto a determinados temas. O controle de constitucionalidade, apesar de sua notória importância histórica, ganhou ainda mais relevância, em especial com os termos do inciso I, artigo 927.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e todo o seu progresso no ordenamento jurídico se mostra complexo, partindo da incorporação e adaptação de mecanismos provenientes do direito estrangeiro até a criação e desenvolvimento de características próprias.

A conjugação do controle concentrado ou abstrato, classicamente relacionado ao direito europeu e ao sistema *civil law*, e o difuso ou concreto, atribuído ao direito inglês e americano do sistema *common law*, torna o sistema brasileiro especial e composto de nuances próprias.

A função principal do controle de constitucionalidade é a de verificar a compatibilidade entre leis e atos normativos com a Constituição em vigor, seja através de procedimento especial ou incidentalmente dentro de processo em curso. No Brasil, o controle possui

desenvolvimento que se confunde com a própria formação do Estado, visto que as Constituições foram as responsáveis por trazer as principais diretrizes.

De outro lado, temos os precedentes judiciais, mecanismo que já se observava no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que com denominação e características diferentes. Através do advento do Código de Processo Civil de 2015, sua potência e aplicação ganhou maior força e espaço. As determinações dos artigos 926 a 928 da Lei n. 13.105/2015 atribuíram as Cortes e aos órgãos inferiores à obrigação de observarem as elencadas decisões com o objetivo de extrair os precedentes vinculantes.

A formação dos precedentes judiciais vinculantes a partir das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade precisa ser compreendida e evidenciada, diante dos impactos que estas têm em toda a sociedade brasileira. A partir dessa análise será possível desenvolver e evoluir a constituição do precedente, uma vez o Supremo Tribunal Federal ter se tornado protagonista nos casos de correção de atuações legislativas ou para a defesa da população por meio de ações, ou omissões prejudiciais.

A presente dissertação tem como objetivo realizar análise a tornar mais claro o modo como se tem, se é que acontece, formado os precedentes judiciais no controle concentrado de constitucionalidade. Trazendo também a luz uma compreensão dos próprios institutos e os reflexos do ordenamento jurídico e jurisprudencial.

Estruturou-se, para tanto, a dissertação em quatro capítulos: o Capítulo 1, “Os primeiros passos... Breve digressão histórica a respeito da formação do controle de constitucionalidade e dos precedentes judiciais”; Capítulo 2, “E em nossa terra... O caminho percorrido para a introdução do controle de constitucionalidade e dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro”; Capítulo 3, “Por via do controle concentrado de constitucionalidade: (Há?) A formação de precedentes judiciais”; e, Capítulo 4, “E na prática?... Análise de julgamentos em sede de controle concentrado de constitucionalidade”.

Parte-se da criação dos mecanismos, a sua introdução e ampliação no ordenamento jurídico brasileiro, a sistematização dos precedentes judiciais e, por fim, análise de julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal. O exame dos institutos e seu desenvolvimento se dá a partir da observação do desenvolvimento histórico dos institutos. O primeiro capítulo se preocupa em trazer a verificação dos institutos na história do Direito. Enquanto mecanismos de manutenção e uniformização, passaram por diversos questionamentos até alcançarem ponto de estabilização e aceitação.

O controle de constitucionalidade, baseado especialmente na rigidez constitucional, possui modelos que se atrelam diretamente aos sistemas *common law* e *civil law*, respectivamente. Os precedentes judiciais tiveram como fundamento a supremacia da lei face aos poderes do rei e do parlamento, originariamente, e se desenvolveram a permitir que as decisões e seus fundamentos sejam aplicadas igualmente em casos similares.

O capítulo 2 realiza a análise histórica dos institutos no ordenamento jurídico brasileiro. Ao se observar o desenvolvimento do Direito temos que ambos os institutos possuem características similares que podem ser observadas desde o período colonial. Deste modo, a discussão de mera introdução de mecanismos estrangeiros precisa levar em consideração este contexto histórico.

A busca pela unicidade e uniformização da jurisprudência é verificada desde a introdução dos assentos, a fazer as decisões da Casa de Suplicação de Portugal terem observação obrigatória por todos os órgãos a ela submissos. Enquanto, a verificação de constitucionalidade teve sua primeira introdução a partir da Constituição de 1891, com forte influência do direito estadunidense, e no transcurso do tempo houve a incorporação das ações de controle de constitucionalidade.

Durante o terceiro capítulo o trabalho se aprofunda na possibilidade de formação de precedentes judiciais vinculantes a partir de decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

O procedimento das ações permite influência das partes e de terceiros, de modo a privilegiar o princípio do contraditório e garantir o dever de fundamentação. Contudo, é necessário que os membros do Supremo Tribunal Federal realizem estes princípios. A atuação individualizada, a baixa deliberação e a ausência de manifestações e fundamentações não auxiliam na extração da *ratio decidendi*.

Através do último capítulo buscamos realizar, diante dos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, o exame de como se apresentam as decisões e fundamentos. Diante de modelo agregativo de votos, cada Ministro apresenta a sua compreensão sobre o caso, o que torna complexo o exame.

A suprema corte precisará adequar seu procedimento de julgamento, tanto em ambiente físico quanto no Plenário Virtual, de modo a privilegiar a deliberação entre os membros e a fundamentação constante dos votos. Analisando a atual forma, temos que os precedentes judiciais não estão sendo devidamente formados.

Há que se observar efetivamente o dever de fundamentação e o princípio do contraditório, garantindo a participação dos diversos atores interessados que tenham a capacidade de contribuir no desenvolvimento do Direito.

1 OS PRIMEIROS PASSOS... BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA A RESPEITO DA FORMAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Neste primeiro capítulo o trabalho abordará o surgimento e o desenvolvimento histórico e conceitual do controle de constitucionalidade, em especial o denominado abstrato ou concentrado, e dos precedentes judiciais.

Tratam-se de institutos diversos e possuem pontos de dissonância e consonância, diante de regras e normas a serem observadas de acordo com cada ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo, passaram por dificuldades e aprimoramentos similares diante dos questionamentos a eles impostos.

A busca por coerência legislativa e interpretativa se apresenta como um dos vetores de grande importância para os mecanismos, de modo a promover real segurança jurídica para os jurisdicionados. Ambos os institutos passaram por caminho de aceitação similar, conforme se seguirá a expor.

1.1 O SURGIMENTO DOS MECANISMOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Os precedentes históricos dos sistemas de controle jurisdicional de leis demonstram a necessidade de impor certo limite ao legislador. As nuances que envolvem as situações concretas e os mecanismos jurídicos existentes merecem um cuidado à luz da previsão constitucional.

O Caso Bonham, ocorrido na Inglaterra nas primeiras décadas do século XVII, pode ser considerado dos primeiros marcos históricos a trazer inspiração ao que viria ser delineado e praticado por outros ordenamentos jurídicos.

Em breves linhas, Thomas Bonham havia se formado em medicina pela Universidade de Cambridge, em Londres, passando a exercer a profissão em 1606. Tempos depois, fora convocado pelo Colégio de Médicos de Londres para se submeter a avaliação, sendo reprovado, o que o proibiria de exercer a atividade.

Bonham se negou a cumprir a ordem, bem como a pagar a multa. O presidente do Conselho expediu mandado de prisão em seu desfavor. Posteriormente, apresentou ação de cárcere privado diante do mandado.¹

Coube a *sir* Edward Coke, então *chief justice* da *Court of Common Pleas*, a analisar o referido caso, onde declarou estarem as leis submetidas ao *common law* e, havendo desrespeito a este, seria o ato destituído de eficácia e nulo.² Em seu entendimento, a lei estaria acima do rei e do Parlamento, devendo o juiz, detectando a sua afronta, declarar a nulidade do provimento infringente.³⁻⁴

Através da doutrina apresentada compreendia-se que “[...] a *common law* teria em alguma medida superioridade em face da legislação editada pelo Parlamento que não poderia, portanto, contrariá-la”.⁵

Compreendia o *chief of justice* que o *common law* funcionaria como uma lei fundamental, pois unia as ideias de Direito básicas em relação à organização do poder e os direitos dos súditos.⁶ A doutrina apresentada foi praticada por algumas décadas do século XVII, porém acabou por ser abandonada após o advento da Revolução Gloriosa e a afirmação da supremacia do Parlamento.⁷

As colônias inglesas estavam proibidas de editar qualquer ato que estivesse contrário ao direito inglês, de modo a impedir contrastes ao decidido pelo parlamento.⁸ O direito estadunidense já havia recepcionado as teses desenvolvidas por *sir* Edward Coke. Em 1776, substituíram as cartas por novas Constituições após ocorrida a independência das

¹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015, p. 212-213.

² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

³ MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, Out./Dez. 2006, p. 40. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12/04/2023.

⁴ “A doutrina de Lord Coke, entendida como instrumento de luta, quer contra o absolutismo do Rei, quer contra o do Parlamento, predominou na Inglaterra por alguns decênios e, não só na Inglaterra, mas também nas colônias inglesas da América, onde foi, de fato, em muitas ocasiões, acolhida pelos tribunais. Esta doutrina, porém, foi abandonada na Inglaterra com a revolução de 1688, a partir da qual foi, então, proclamada a doutrina contrária, ainda hoje válida naquele País da *supremacia do Parlamento*. Mas doutrina de Coke ficaram os frutos, pelo menos na América, e pretendo, obviamente, aludir àqueles frutos que se chamam hoje *judicial review* e *supremacia do poder judiciário*, ‘supremacy of the judiciary’”. (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 60).

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2006, p. 275.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

⁸ SARLET, MARINONI e MITIDIERO, *Curso de direito constitucional...*, 2019.

colônias estadunidenses, compreendidas enquanto leis fundamentais dos novos Estados.⁹

Alexander Hamilton, James Madison e John Jay publicaram uma coletânea de artigos denominada “O Federalista”. Objetivavam defender a recém-promulgada Constituição federal dos Estados Unidos de 1787 e o modelo de estado federal e representativo ali delineado. Em certos aspectos, é possível visualizar influência pela ideia expressa no caso *Bonham*.

Serviu o escrito como uma fonte de interpretação da Constituição de 1787, diante de diversos ataques provenientes de artigos e críticas escritas realizadas à época das discussões.¹⁰ Tratam-se de oitenta e cinco artigos de argumentam a favor da ratificação da Constituição estadunidense.

Ao que cabe a formação do controle de constitucionalidade, temos nos artigos 78, 80 e 81¹¹ as principais passagens sobre o tema. Admitia-se como atribuição do Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das leis, derivada da rigidez constitucional, portanto defendia caber ao juiz determinar a nulidade das leis ordinárias contrárias a Constituição.¹²

Apesar da não previsão expressa da Constituição estadunidense de 1787 e do *Judiciary Act* de 1789, o controle de constitucionalidade de leis por parte da Suprema Corte vinha sendo maturado, conforme se observa dos precedentes históricos apresentados.

Tanto que o artigo VI, seção 2, da Constituição afirmou a superioridade das determinações desta em relação às constituições federais e das leis ordinárias, no qual os juízes dos estados estariam obrigados a observar, denominada *supremacy clause*.¹³ No

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 62.

¹⁰ AMAYA, Jorge A. *Control de constitucionalidad*. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015, p. 75.

¹¹ “A constituição he, e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental; e como a interpretação das leis he a funcção especial dos tribunales judicarios, a elles pertence determinar o sentido da constituição, assim como de todos os outros actos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contradictorias, deve preferir aquella, cuja observancia he hum dever mais sagrado; que he o mesmo que dizer que a constituição deve ser preferida a hum simples estatuto, ou a intenção do povo á dos seus agentes”. “De duas huma: ou a União deve ter um *veto* muito directo sobre as leis dos Estados, ou deve conceder-se aos tribunais federaes autoridade, que baste para submeter os que infringirem manifestamente os artigos da União. A Convenção preferio o segundo meio como mais agradavel aos Estados [...]”. “He certo que a constituição deve servir de base á interpretação das leis; mas he hum principio que não pode deduzir-se de nenhuma circunstancia particular á nova constituição, e que he fundado na theoria geral de toda a constituição limitada, vindo por consequencia a ser applicavel ao maior numero, se não a todos os governos dos Estados [...]”. (HAMILTON, Alexander; JAMES, Madison; JAY, John. *O Federalista*: Tomo Terceiro. [livro digital] Rio de Janeiro: Typ. imp. e const. de J. Villeneuve e Comp., 1840, p. 158-159, 170 e 181. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17661>. Acesso: 04/05/2023).

¹² JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 216-217; BINENBOJM, *A nova jurisdição constitucional...*, 2014, p. 27.

¹³ MORAIS, *Justiça Constitucional...*, 2006, p. 277.

entanto, era necessária a resolução de um caso concreto no qual a teoria fosse devidamente aplicada.

Poucos anos foram necessários para que houvesse a necessidade de decisão sobre uma questão constitucional, e que seria uma influência em vários sistemas no mundo. O caso *Marbury v. Madison*¹⁴ se apresenta como o mais famoso, contexto sobre o qual se desenvolveu a ideia de que, em caso de afronta à Constituição, o juiz tem o dever de negar a validade do ato normativo.¹⁵

No caso em questão, William Marbury fora nomeado para o cargo de juiz de paz de um dos distritos de Columbia pelo presidente John Adams, passando pelas fases necessárias para a nomeação e a titulação. Alguns foram imediatamente titulados, não foi o caso de Marbury. Com base no *Judiciary Act* foi impetrado mandado de segurança junto a Suprema Corte, com o objetivo de obrigar ao secretário de Estado, James Madison, entregar-lhe os títulos.¹⁶

A decisão de Marshall seguiu no sentido de responder a questões atinentes ao caso, na seguinte estrutura: se Marbury teria direito a titulação; se as leis do ordenamento determinavam um remédio jurídico em relação ao direito violado; e, se através do mandado de segurança impetrado, com competência originária da Corte Suprema seria a solução.¹⁷

A partir da conclusão de que o ato estaria em desacordo com o proposto constitucionalmente, John Marshall se viu frente a questão sobre a possibilidade de a Suprema Corte deixar de aplicar uma lei, já que inválida, inconstitucional.¹⁸ Neste

¹⁴ Carlos Blanco de Moraes apresenta brevemente o contexto histórico que envolve este caso: “Já depois da vitória dos antifederalistas nas eleições de 1800, a Administração do Presidente federalista cessante, John Adams, nomeou vários magistrados judiciais, ulteriormente ratificadas pelo Senado, entre os quais um tal Marbury. Posteriormente por indicação do novo Presidente, Jefferson, o Secretário de Estado, James Madison, susteve a notificação da nomeação de Marbury. Este, invocou junto do Supremo Tribunal Federal o art. 13º do *Judiciary Act* de 1789, para que o Tribunal emitisse um mandato de injunção a Madison (*writ mandamus*) que o obrigasse a explicar o que sucedera com o decreto de nomeação. O Supremo Tribunal aprovou um mandato de injunção, não se tendo, todavia, o Secretário de Estado dignado responder. Marshall, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, depois de cerca de um ano e meio de paralisia do mesmo Tribunal, reconheceu a debilidade do poder deste órgão em restabelecer os direitos de Marbury fazer executar o *writ mandamus*, mas reagiu indirectamente através de uma sentença de vasto alcance orientativo e consequencialista. Depois de julgar que a razão assistia a Marbury, e que Madison estava vinculado a proceder à nomeação, a sentença reconhecia, contudo, que o poder de injunção atribuído ao Supremo Tribunal, no art. 13º do *Judiciary Act*, não encontrava cobertura nas competências do mesmo órgão, previstas taxativamente na Constituição”. (MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2006).

¹⁵ SARLET, MARINONI e MITIDIERO, *Curso de direito constitucional...*, 2019.

¹⁶ MACIEL, *O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade...*, 2006, p. 40; JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 219.

¹⁷ AMAYA, *Control de constitucionalidad...*, 2015, p. 78.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

momento, pela primeira vez, afirmou-se o poder de controlar a constitucionalidade das leis por parte da Suprema Corte.¹⁹

Diante do exame desta decisão temos que o argumento da rigidez constitucional foi o principal fundamento para a sua formulação,²⁰ lançando as bases para a *judicial review*. Conseguiu Marshall consolidar a ideia de que a Constituição possui o *status* de norma suprema do Direito Positivo, indo além da compreensão de que possuiria apenas uma supremacia política.²¹

Conforme demonstram Geovany Cardoso Jevaux e Ricardo Gueiros Bernardes Dias existem pesquisadores que apresentam outros casos pretéritos como marco inicial do controle de constitucionalidade. A prática do *judicial review* estaria relacionada ao surgimento da Constituição estadunidense; ou, em outro sentido seria a continuidade da “doutrina da repugnância” inglesa.²²

Exemplificando, Lucio Pegoraro compreende que o nascimento do *judicial review* está entrelaçado ao conceito de Constituição rígida, logo “[...] embora a competência de julgar a constitucionalidade das leis não esteja prevista no texto constitucional norte-americano, este a reconhece implicitamente, estabelecendo uma hierarquia das fontes normativas, em cujo vértice é posta a Constituição como ‘suprema lei do País’”.²³

Quanto ao controle abstrato de constitucionalidade, destaca-se o projeto apresentado pelo abade Siéyès. Este previa a “[...] criação de um tribunal especializado, denominado ‘*Juri Constitutionnaire*’, investido na competência de julgar a inconstitucionalidade das leis

¹⁹ Resumem Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero o impacto desta decisão: “Em resumo, o precedente firmado em *Marbury v. Madison* afirmou a superioridade da Constituição, outorgando-lhe caráter de lei que subordina todas as outras. A partir daí, demonstrou que o Judiciário, ao se deparar com lei que contraria a Constituição, deve deixar de aplicá-la, simplesmente pela circunstância de lhe incumbir interpretar as leis e eliminar os conflitos entre elas.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019).

²⁰ Explica este fundamento Geovany Cardoso Jevaux: “[...] Constituições rígidas exigem procedimento e *quórum* qualificados para a sua alteração, de modo que leis inconstitucionais não pode ficar a salvo de um controle de constitucionalidade, porque do contrário alterariam impunemente a Constituição. Daí a competência de todos os órgãos jurisdicionais para o controle de constitucionalidade, já que a função primordial de interpretar leis pertence ao Poder Judiciário”. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015, p. 221).

²¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Constituição e processo: A decisão em sede de controle de constitucionalidade vista a partir da constitucionalização do processo. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: ESDC, vol. 1, n. 7, Jan./Jun. 2006, p. 111. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-07/revista07-vol1.pdf>. Acesso em: 20/06/2023.

²² JEVEAUX, Geovany Cardoso; DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. O controle de constitucionalidade difuso: Uma análise de sua origem e da modulação de seus efeitos no espaço. In: BEÇAK, Rubens; VIÑA, Jordi Garcia. *III Encontro de Internacionalização do CONPEDI*, 1. ed., Madrid: Ediciones Laborum, v. 3, 2015, p. 121-141.

²³ PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. In: *Revista de informação legislativa*, v. 42, n. 165, Jan./Mar. 2005, p. 62. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/228>. Acesso em: 20/06/2023.

e as reclamações contra actos inconstitucionais”.²⁴ O projeto foi rejeitado, porém abriu as portas para a discussão de uma corte especializada no exame específico da inconstitucionalidade.

O argumento da supremacia da Constituição em relação às leis e atos normativos influenciou a Hans Kelsen para a elaboração do modelo de controle concentrado.²⁵⁻²⁶ Este modelo se difere do difuso através da atribuição a um órgão jurisdicional da competência para realizar a fiscalização da constitucionalidade das leis.²⁷

As propostas de Hans Kelsen foram adotadas pela primeira vez na Constituição austríaca de 1920 e aperfeiçoado através de emenda constitucional em 1929, possibilitando ao controle de constitucionalidade ser difundido na Europa.

Inicialmente a carta política concedeu a Corte de Justiça Constitucional ser o órgão do Judiciário a realizar a fiscalização da constitucionalidade das leis. Possibilitou ao governo federal e aos governos de estado solicitar a declaração de inconstitucionalidade, sendo ação de caráter abstrato e principal.²⁸

Contudo, existia o problema da desvinculação da Corte de Justiça Constitucional aos casos concretos. Não poderiam os juízes e tribunais remeter processos que contivessem questão de inconstitucionalidade a ser discutida a apreciação da Corte Constitucional.

²⁴ MORAIS, *Justiça Constitucional...*, 2006, p. 288; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 299-300.

²⁵ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 222. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia apresenta o modo de visão a respeito do controle de constitucionalidade de Hans Kelsen: “O Controle de Constitucionalidade, segundo Kelsen, assume o problema relativo a como tratar da regularidade da criação do Direito, usando padrões estabelecidos pelo próprio Direito, objeto do controle. É importante notarmos a relação que Kelsen estabelece entre *Controle de Constitucionalidade* e a *democracia*, representada esta última pelos debates travados no Parlamento”. (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Constituição e processo: A decisão em sede de controle de constitucionalidade vista a partir da constitucionalização do processo*. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: ESDC, vol. 1, n. 7, Jan./Jun. 2006, p. 115. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-07/revista07-vol1.pdf>. Acesso em: 20/06/2023).

²⁶ “[...] o sistema ‘concentrado’ poderia também ser designado como o tipo ‘austríaco’ de controle. De fato, o arquétipo foi posto em prática pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 (chamada *Oktoberverfassung*), redigida com base em um projeto elaborado, a pedido do governo, pelo Mestre da ‘escola jurídica de Viena’, Hans Kelsen, e posta de novo em vigor na Áustria, no último pós-guerra, no texto da Emenda de 1929, que tinha sofrido notáveis modificações exatamente em matéria de justiça constitucional”. (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 68).

²⁷ Portanto, a fim de conceituar o controle abstrato, temos: “*Controllo ‘astratto’ significa, per contro, un controllo di costituzionalità effettuato con almeno potenziale riferimento a qualunque applicazione della disposizione o norma controllata che sia tecnicamente ipotizzabile e quindi a qualunque fattispecie concreta che possa ritenersi compresa nella fattispecie astratta da essa prevista*”. (PIZZORUSSO, Alessandro. La giustizia costituzionale italiana fra modello “diffuso” e modello “concreto”. In: *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n. 4, 2006, p. 8, Disponível em: <https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/cuarto/pdfs/Pizzorusso%20italiano.pdf>. Acesso em: 24/01/2022).

²⁸ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

Como também não poderiam decidir incidentalmente sobre inconstitucionalidade em seus processos.²⁹

A posterior reforma constitucional permitiu as Cortes Suprema e Administrativa requerer o exame da constitucionalidade da lei junto a Corte Constitucional. Este entendimento se deu a partir da existência limitativa quanto a legitimação no momento de solicitação do questionamento da lei.³⁰

Através desta ampliação de legitimados, os juízes que não faziam parte das cortes se mantiveram afastados do controle de constitucionalidade, por estarem submetidos ao princípio da supremacia da lei. Assim, caso entendessem que determinada lei fosse inconstitucional deveriam aplicá-la, sem possibilidade de questionamento.

O surgimento do mecanismo do controle de constitucionalidade se deu decorrente da supremacia e da rigidez constitucional, da defesa da segurança jurídica, por corolário a segurança jurídica. A breve digressão histórica realizada possibilita tal entendimento, seja através da observação da dinâmica histórica do sistema *common law* como também do *civil law*.

O caso *Marbury v. Madison* além da importância para o controle de constitucionalidade, também esteve fundamentado em uma doutrina que serve de base para a compreensão dos precedentes judiciais: a do *stare decisis*. O item a seguir buscará compreender e analisar este elemento fundamental.

1.2 O ELEMENTO BASE PARA O INSTITUTO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: A DOCTRINA DO *STARE DECISIS*

A decisão proferida no caso *Marbury v. Madison*, diante das fundamentações apresentadas pelo juiz John Marshall, trouxe grande impacto no campo do controle de constitucionalidade. Todavia, um alicerce de grande importância para tal efeito foi a existência, naquele sistema, da doutrina do *stare decisis*.

²⁹ BINENBOJM, *A nova jurisdição constitucional...*, 2014, p. 37-38.

³⁰ SARLET, MARINONI e MITIDIERO, *Curso de direito constitucional...*, 2019. Detalhando os efeitos da reforma constitucional, Mauro Cappelletti: “E, diferentemente do Governo Federal e dos Governos dos *Länder*, estes dois órgãos judiciários ordinários – o *Oberster Gerichtshof* e o *Verwaltungsgerichtshof* – não podem arguir perante a Corte Constitucional austríaca a questão de constitucionalidade ‘em via principal’, isto é, ‘em via de ação’, mas, antes, só ‘em via incidental’ ou ‘de exceção’, quer dizer, apenas no curso e por ocasião de um ordinário processo (civil, penal ou administrativo) desenvolvendo-se perante eles e para a decisão do qual a lei, federal ou estadual, cuja constitucionalidade foi posta em questão, seja relevante”. (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 106).

A decisão que viesse a ser proferida pela Suprema Corte, no exame de um caso concreto, geraria efeito regulador a que se estenderia aos demais órgãos do Poder Judiciário. Qualquer juiz ou tribunal poderia analisar a inconstitucionalidade de lei ou de um ato normativo, mas precisaria observar obrigatoriamente decisão sobre o tema proferido pela Corte maior.³¹

O juiz Marshall, apesar da ideia que veio a trazer um novo horizonte, tinha receio quanto a sua implementação, pois dependia que os tribunais seguissem seus próprios precedentes, bem como os juízes de graus inferiores também os respeitassem.³²

Apesar deste importante marco histórico, esta doutrina tem surgimento mais antigo, assim tal aplicação precisou se desenvolver com o tempo, além de se adaptar aos ordenamentos jurídicos. Afirma Caio Márcio Gutterres Taranto que se trata de “[...] uma doutrina oriunda da sedimentação do costume ao longo dos séculos, não possui marco temporal claramente delimitada”.³³

Os precedentes se fundamentam e tem sua aplicação alicerçada na doutrina do *stare decisis*,³⁴⁻³⁵ proveniente do *common law*, cuja formulação completa deriva do brocado *stare decisis et non quieta movere*.³⁶

³¹ BINENBOJM, *A nova jurisdição constitucional...*, 2014, p. 34. No campo do controle de constitucionalidade, Carlos Blanco de Moraes explica como funcionaria o *stare decisis*: “O sistema do precedente ou do ‘*stare decisis*’, significa conformação com o que já se encontra decidido em termos de Direito sobre a matéria em questão, integrando o mesmo precedente a ‘*Common Law*’, verdadeiro parâmetro interpretativo de constitucionalidade de construção jurisprudencial.” (MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2006, p. 282).

³² DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008, p. 41.

³³ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente Judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 143.

³⁴ No âmbito da classificação do *stare decisis*, Rafael Calheiros Bertão aponta: “A *Stare Decisis*, termo importado dos sistemas da *Common Law* para designar o modelo jurídico de adoção dos precedentes vinculantes, ora é tratada como doutrina, ora como regra e outras como norma. Adota-se, aqui, seu entendimento como doutrina, tendo em vista denotar o estudo do modelo dos precedentes vinculantes, sua formação, aplicação e superação. Entretanto, não há como se olvidar, tratando-se de uma relação que impôs aos magistrados e juristas uma forma de julgamento e condução dos processos, ser a *Stare Decisis* uma norma.” (BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: A valorização da *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 253, Mar. 2016, p. 347-385).

³⁵ Necessário se destacar o apontamento histórico feito por Estefânia Maria de Queiroz Barboza, nos seguintes termos: “Ademais, a doutrina do *stare decisis* se fundamenta no fato de que a coerência entre as decisões garante a coerência do sistema na sua totalidade. Essa coerência no sistema de *common law* já era sugerida pelos *legal humanists* no século XVII, sendo vista como um requisito da própria *rule of law*. Ou seja, as máximas do direito criariam uma relação lógica e coerente de sistema”. (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. In: *Teoria Jurídica Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, Jul./Dez. 2016, p. 162-163. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/8714/8530>. Acesso em: 13/04/2023).

³⁶ “Mantenha-se a decisão e não se distorça o que foi decidido”. (RE, Edward D. *Stare decisis*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 702, Abr. 1994, p. 7-13). Cross e Harris interpretam se tratar de uma interpretação ortodoxa da fórmula: “The general orthodox interpretation of *stare decisis* and that which is, in general, given to it throughout this book, is *stare decisis rationibus decidendis* (‘keep to the *rationes*

O *common law* inglês passou por uma evolução gradual até os precedentes chegarem aos contornos atuais. Mesmo antes do século XIX, a preocupação com a coesão dos entendimentos jurídicos nos casos ajuizados já se apresentava se possuísem questões fáticas ou de direito similares.³⁷

Analisando o histórico do *common law* inglês, Teresa Arruda Alvim Wambier percebeu o entendimento de que os casos nunca serão absolutamente idênticos. Justificaria-se a vinculatividade dos precedentes “[...] pela necessidade de igualdade e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem ser considerados relevantes, para que esse caso seja considerado semelhante a outro, e decidido da mesma forma”.³⁸

Atribui-se ao caso *Beamish v. Beamish*, julgado em 1861, a ocasião em que a *House of Lords* estabeleceu a obrigatoriedade de se observar as suas próprias decisões anteriores.³⁹ Em casos anteriores já havia surgido tal discussão, porém, nesse a determinação restou explicitada.

Os ingleses, que por tradição não possuem largo arcabouço legislativo, acabaram por utilizar da versão mais rígida do *stare decisis*.⁴⁰ O costume era dos principais fundamentos de decisão, pois “[...] repete-se, então, determinado comportamento em virtude de uma reiteração social da mesma conduta”.⁴¹

Diante da necessidade de segurança jurídica, decidiram pela conservação das razões dos casos anteriores, sem a possibilidade de modificar os próprios precedentes. Exatamente por não possuírem um grande número de leis tinham de ter um mecanismo que gerasse certeza, e este foi conseguido através do precedente vinculante.⁴²

O *common law* estadunidense possui um arcabouço legislativo mais consolidado e tem seu alicerce principal em uma constituição escrita e rígida, verificando-se maior grau de

decidendi of past cases’) [...]”. (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 100).

³⁷ FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Modelo brasileiro de precedentes: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista*. Londrina: Thoth, 2021, p. 48.

³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 172, Jun. 2009, p. 121-174.

³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 158.

⁴⁰ Em maiores detalhes: “Nos sistemas de *common law*, um precedente (um só) pode vincular, como é o que ocorre na Inglaterra, que adota o *stare decisis* na sua versão mais rígida, em que há extrema aversão à ideia de que precedentes devam ser modificados”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 893, Mar. 2010, p. 1374-1359).

⁴¹ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 45-46.

⁴² WAMBIER, *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito...*, 2009.

unidade. Ao passo que o *common law* inglês está a desenvolver e consolidando o seu corpo de leis.⁴³

A ordem jurídica estadunidense importou a doutrina do *stare decisis* inglesa, porém, necessitou adaptá-la a sua realidade. Formaram um direito casuístico com base em sua vivência, além de considerar os estados em que não havia nenhuma cultura de precedente vinculante.⁴⁴

A Constituição de 1787 quebrou com a utilização da experiência jurídica britânica. Concedeu-se ao Poder Judiciário a condição de Poder de Estado, assegurando a sua autonomia e amplitude em sua atuação, o que vem sendo amplamente utilizado pelos juízes.⁴⁵

Verifica-se o *stare decisis* dentro da ordem jurídica estadunidense nos casos em que a Corte de última instância, seja ela federal ou estadual, decida um princípio para o caso em julgamento. Estabelecido o precedente este continuará a utilizá-lo, devendo aplicá-lo a casos futuros nos quais os fatos relevantes sejam similares.⁴⁶

Observa-se que através deste breve contexto histórico é possível se compreender que se trata de uma regra em evolução, em virtude das estruturas institucionais e dos instrumentos de acesso a decisões, publicidade e divulgação. Ademais, exige organização de juízes e tribunais hierarquizados e o sistema de publicização e divulgação das decisões.⁴⁷

A doutrina do *stare decisis* traz consigo certo grau de estabilidade das decisões, além de permitir que o direito se desenvolva de maneira coerente e consistente, diante das características do *common law*.⁴⁸ No entanto, as decisões dentro deste sistema ao

⁴³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 336.

⁴⁴ COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 752, Jun. 1998, p. 11-21. Afirma neste sentido Robert S. Summers: "*Stare decisis*, the principle that courts are to follow similar previous judicial decisions when deciding legal questions, has been a part of the American legal experience since before the time of the American Revolution in the late eighteenth century". (SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. London/New York: Routledge, 2016, p. 355).

⁴⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: Os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 257, Jul. 2016, p. 343-370.

⁴⁶ COLE, *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos...*, 1998.

⁴⁷ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 336-337.

⁴⁸ Analisando o impacto do *stare decisis* no direito estadunidense, Edward D. Re constatou os seguintes efeitos: "Ele preservava a continuidade, manifestava respeito pelo passado, assegurava igualdade de tratamento aos litigantes em idêntica situação, poupava os juízes da tarefa de reexaminar as regras de direito a cada caso subsequente e assegurava a lei uma desejável medida de previsibilidade". (RE, Edward D. *Stare decisis*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 702, Abr. 1994, p. 7-13).

considerarem o precedente o fazem por entendê-lo enquanto fonte de direito, não determinando ao Judiciário qualquer poder para criação do direito.⁴⁹

Destaca-se que a busca pela certeza, estabilidade e previsibilidade também é realizada dentro do sistema *civil law*.⁵⁰ Existe um grau de ilusão quanto a existência de legislação escrita ser capaz de resolver todas as questões de forma satisfatória,⁵¹ porém as peculiaridades de cada situação precisam ser destacadas.

A lei é a legítima expressão da vontade do povo e cabe ao juiz utilizá-la para fundamentar suas decisões. No entanto, a interpretação é imprescindível para a sua devida aplicação, assim o papel dos julgadores é alargado diante da possibilidade de interpretá-la.⁵²

Uma vez um Tribunal tenha decidido questão legal e dado sua interpretação, o *stare decisis* determina que os casos seguintes que apresentarem fatos semelhantes deverão ser decididos com a mesma base da decisão precedente.⁵³ A interpretação do direito advinda das decisões judiciais ganha estabilidade.⁵⁴

A decisão proferida ganha a possibilidade de direcionar as condutas tanto das partes envolvidas no litígio em discussão, como também dos demais jurisdicionados, desde que a situação em exame apresente similitude com o caso precedente. Este sentido se dá

⁴⁹ Corroborando, Antônio Pereira Gaio Junior: “Quando se diz que o juiz da *common law* cria o direito, não se está dizendo que sua decisão tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo legislativo, porém se pode argumentar que por ter força obrigatória para os demais juizes constitui direito. (GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: Os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 257, Jul. 2016, p. 343-370).

⁵⁰ Portanto, é preciso entender que tanto o sistema do *civil law* quanto o do *common law* buscam solucionar os problemas a eles apresentado, que em certos aspectos podem ser iguais. Neste sentido: “A codificação e o *stare decisis* não nasceram em mundos distintos. Apesar de separados não só geograficamente, mas por todo o desenvolvimento cultural que já marcava uma incisiva diferença entre as duas tradições, tanto o *stare decisis* quanto a codificação fazem parte do mesmo mundo: o mundo da modernidade e de todos os seus traços sociais, políticos e filosóficos.” (RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira? In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 11, Jan./Jun. 2013, p. 222. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18069/13323>. Acesso em: 04/04/2023).

⁵¹ WAMBIER, *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito...*, 2009.

⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 893, Mar. 2010, p. 1374-1359.

⁵³ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *Stare Decisis* no sistema legal norte-americano. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 782, Dez. 2000, p. 90-96. Em outras palavras, quanto a base da doutrina do *stare decisis* temos que: “Sua base consiste no fato de que os juizes devem tratar casos semelhantes de forma assemelhada aplicando o princípio legal (*ratio decidendi*) estabelecido sobre os fatos de determinada causa anteriormente julgada àqueles casos similares e futuros, sob análise” (ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 922, Ago. 2012, p. 343-384).

⁵⁴ Neste sentido Zaneti Jr.: “Quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra deverá ser seguida e aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares”. (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 335-336).

pois “[...] a linha de raciocínio da doutrina do *stare decisis* é perpassada pela noção de [...] estabilidade das regras de direito que podem ser extraídas das decisões judiciais”.⁵⁵

A possibilidade de aplicação e determinação do precedente, em relação aos juízes e tribunais submissos ao órgão superior, a partir da fundamentação do caso-presente e dos casos-futuros. Sendo ele vinculante, a determinação do caso precedente deve ser aplicada no caso subsequente; se for persuasivo, será necessária a realização do exame de outros fatores para sua utilização, bem como a extensão incidente.⁵⁶

Depreende-se maior controle por parte do julgador quanto a interpretação e a aplicação da lei, ao mesmo tempo em que se visualiza restrição do poder dos julgadores.⁵⁷

Concede-se ao Judiciário grande influência sobre o futuro dos casos ainda não decididos, não se descuidando do exame nas similaridades de fato e de direito necessário.⁵⁸

No que toca a este impacto, o *stare decisis* também pode variar, pois o grau de vinculação será diferente em cada ordenamento analisado, em vertical ou horizontal. Naquele os tribunais inferiores devem obedecer às decisões proferidas pelo tribunal superior; neste a Corte que emitiu a decisão que formará o precedente também deve obediência a ela.⁵⁹

Ambas as dimensões possuem a mesma natureza quanto a aplicação da doutrina, porém nos casos do *stare decisis* vertical a sanção quanto a seu descumprimento se mostra mais claro, levando a sentença a ser considerada sem efeito. Nos casos do *stare decisis* horizontal também haverá a possibilidade de modificação de decisão se certo tribunal deixar de seguir sua própria jurisprudência.⁶⁰

Charles D. Cole ao conceituar o *stare decisis* sintetiza ser “[...] a política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente e ‘não mudem uma questão decidida’”.⁶¹ Todavia, não se pode afirmar

⁵⁵ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 50.

⁵⁶ RE, Edward D. *Stare decisis*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 702, Abr. 1994, p. 7-13.

⁵⁷ FINE, O uso do precedente e o papel do princípio do *Stare Decisis* no sistema legal norte-americano..., 2000.

⁵⁸ RE, *Stare decisis...*, 1994. Hermes Zaneti Jr. faz a análise prática da aplicação do *stare decisis*: “A prática judicial do *stare decisis* conduz aos precedentes judiciais, o que significa que as decisões dos tribunais adquirem um valor normativo de precedentes para os casos-futuros em que sejam identificadas as mesmas circunstâncias de fato e de direito”. (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 337).

⁵⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. In: *Teoria Jurídica Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, Jul./Dez. 2016, p. 152. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/8714/8530>. Acesso em: 13/04/2023.

⁶⁰ LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del “*stare decisis*”. In: *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 33, n. 1, 2006, p. 113. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf>. Acesso em: 21/06/2023.

⁶¹ COLE, *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos...*, 1998.

obediência irrestrita as decisões passadas, há a permissão de se beneficiar do passado e rejeitar o errôneo e incabível.⁶²

Esta técnica busca encontrar a *ratio* da decisão através da experiência judicial registrada, requerendo a adesão dos fundamentos pelas decisões subseqüentes. Assumindo a possibilidade de, em determinados casos, surgirem novas interpretações ou posicionamentos, além da distinção entre a autoridade obrigatória e a autoridade persuasiva, a ser analisada de acordo com o órgão prolator.⁶³

Caio Márcio Gutterres Taranto apresenta a conceituação do *stare decisis* como a “[...] doutrina que sistematiza os precedentes no centro da *common law* através da extração da *ratio decidendi* e das *obiter dicta* para incidência indedutiva em casos posteriores”.⁶⁴

A doutrina do *stare decisis* variará de acordo com o ordenamento jurídico analisado, como exemplificado nos casos do *common law* inglês e estadunidense. Entretanto, não se altera a sua base de respeito a decisão emitida por tribunal superior e aplicação do precedente aos casos que apresentarem questões fáticas e de direito parecidas com o caso-precedente.⁶⁵

A partir da compreensão do que se trata o *stare decisis* se partirá para o aprofundamento sobre os precedentes.⁶⁶ Estes enquanto regra jurídica advinda de Corte superior em determinado caso, constitui-se de fundamento a ser aplicado em outras situações por quem esteja a eles submetido.

1.3 PRECEDENTES JUDICIAIS: CONCEITOS E ELEMENTOS TRADICIONAIS PARA SUA FORMAÇÃO E APLICAÇÃO

No *common law* a atividade jurídica se mostra mais a florada, enquanto no *civil law* a prática legislativa tem maior preponderância. A materialização do *stare decisis* pode se dar através de diversos mecanismos, sendo um deles o dos precedentes judiciais.

⁶² RE, *Stare decisis*..., 1994.

⁶³ POUND, Roscoe. *What of Stare Decisis?* In: *Fordam Law Review*. New York: Fordam University, vol. X, ano 1941, p. 5-6. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol10/iss1/1/>. Acesso em: 20/02/2023.

⁶⁴ TARANTO, *Precedente Judicial*..., 2010, p. 144.

⁶⁵ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes*..., 2021, p. 54-55.

⁶⁶ Murilo Teixeira Avelino se posiciona ao buscar determinar a diferenciação entre o *stare decisis* e o instituto dos precedentes: “O *stare decisis* não se confunde com o próprio precedente. É, em verdade, uma eficácia jurídica ou autoridade do precedente, decorrente da regulação que o sistema jurídico lhe dê. O ordenamento impõe aos juízes a vinculação às decisões anteriormente proferidas quando se deparem com novos casos análogos ao anteriormente decidido.” (AVELINO, Murilo Teixeira. O que significa “decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”? In: CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji. (coord.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 347).

Consistem os precedentes nas decisões jurisdicionais anteriores em relação ao julgamento de um determinado feito. Esta decisão, seja única ou em grande número, incidirá sobre as subsequentes nos casos em que houverem questões fáticas e de direito que se assemelhem.⁶⁷

Forma-se uma fonte, diante da fundamentação utilizada para a decisão do caso-precedente, a estabelecer diretrizes para os demais casos que vierem a ser julgados. Este precedente deverá ser observado, tanto antes da proposição de uma demanda judicial quanto na análise de um julgamento, como paradigma.⁶⁸⁻⁶⁹

A sua criação passa pelo exame dos fatos relevantes de uma causa posta em juízo, que perpassa pelos fundamentos invocados para decidir e após a discussão realizada se extrairá do julgado a determinação que serviu de base para a solução do caso concreto.⁷⁰

Os precedentes se alicerçariam no tratamento igualitário entre as decisões judiciais, no contexto de um Estado Constitucional. Antônio Pereira Gaio Júnior justifica ao afirmar que “[...] nada nega tanto a igualdade quanto dar a quem já teve um direito violado ou sofre iminente ameaça de tê-lo, uma decisão em desacordo com o padrão de racionalidade já definido pelo Poder Judiciário em querelas verdadeiramente idênticas”.⁷¹

Dentro deste conceito é possível efetuar a verificação dos precedentes em sentido próprio e impróprio. Naquele trata-se da decisão em si, a ser perseguida pelas demais decisões

⁶⁷ BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: A valorização da *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 253, Mar. 2016, p. 347-385.

⁶⁸ MOLLICA, Rogerio; OLIVEIRA, Ocimar Barros de. O novo CPC, os precedentes vinculantes e a discussão sobre a (in)constitucionalidade de sua previsão infraconstitucional. In: *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo: v. 21, n. 8, Set./Dez. 2018, p. 235. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/4510/4246>. Acesso em: 13/04/2023.

⁶⁹ “Ovviamente, nessun caso è mai davvero identico ad un altro, come non lo sono gli individui tra loro, e quindi occorre saper distinguere i profili di similitudine, che impongono di tener cono del precedente, da quelli di differenziazione, che possono indurre in senso contrario. Sotto questo profilo, pur dovendosi riconoscere che sovente gli aspetti di fatto e quelli di diritto di una controversia sono difficilmente distinguibili l'uno dall'altro, bisogna fare lo sforzo di estrarre dalla logica della decisione il principio giuridico che la ispira, tale da poter essere espresso mediante una proposizione di carattere generale, perciò applicabile in ogni situazione simile. Per farlo sarebbe sempre bene leggere il precedente per esteso, ma non può negarsi che le (spesso vituperate) massime di giurisprudenza – se bem redatte – aiutano enormemente allo scopo”. (RORDORF, Renato. *Stare Decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordenamento italiano*. In: *Il Foro Italiano*, vol. 129, n. 9, Set. 2006, p. 279-280/285-286. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23201688>. Acesso em: 22/02/2023).

⁷⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 8, n. 1, 2018, p. 671. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4615/3501>. Acesso em: 21/06/2023.

⁷¹ GAIO JÚNIOR, *Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais...*, 2016.

nos casos idênticos; neste teríamos a norma jurídica criada pela sentença ou acórdão, a qual servirá de parâmetro.⁷²

Murilo Teixeira Avelino, ao analisar a determinação de o precedente ser norma jurídica, afirma: “[...] a *norma jurídica geral do caso concreto* é um dos elementos do precedente, em complemento às questões de fato que embasaram o entendimento”.⁷³

Este trabalho se limitará a análise dos precedentes judiciais, se furtando do exame de outros padrões existentes. A respeito desta categoria, Hermes Zaneti Jr. afirma que “[...] consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”.⁷⁴

Diante do exame das circunstâncias fáticas, a partir de um determinado contexto, teremos produzido os precedentes, não possuindo a generalidade e abstração da lei. Ainda que se possa visualizar a universalidade de determinados fundamentos, eles não poderão ser totalmente abstraídos dos elementos que lhes deram fundamento.⁷⁵

Importante se realizar a distinção dos precedentes de outros institutos que podem com eles se confundir, diante da sua origem ou relação com as decisões judiciais. As súmulas dos tribunais, oriundas de decisões, possuem enunciados gerais e abstratos, de aplicação similar ao da lei; enquanto os precedentes realizam analogia entre os fatos e fundamentos das relações jurídicas comparadas.⁷⁶

Rogério Mollica e Ocimar Barros de Oliveira preocuparam-se em definir as súmulas, como sendo “[...] produzidas pelos tribunais, com base em seus regimentos, como forma de

⁷² ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Precedentes judiciais e colegialidade: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 81.

⁷³ AVELINO, Murilo Teixeira. O que significa “decisão do Supremo Tribunal Fderal em controle concentrado de constitucionalidade”? In: CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji. (coord.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 346.

⁷⁴ ZANETI JR., O valor vinculante dos precedentes..., 2017, p. 328. Cristiane Druve Tavares Fagundes apresenta a sua conceituação: “O *precedente judicial* é uma decisão proferida por um tribunal que ser de guia para julgamentos posteriores em relação a determinada questão de direito, desde que renovada a hipótese fática que deu ensejo à decisão anterior”. (FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Modelo brasileiro de precedentes: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista*. Londrina: Thoth, 2021, p. 63).

⁷⁵ FERRAZ, Tais Schilling. *Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 265, Mar. 2017, p. 419-441. Em mesmo sentido apontam Ramon Ouais Santos e Willian Soares Pugliese: “O valor do precedente não se encerra apenas no poder do magistrado de selecionar, dentro de um universo de fatos, quais são relevantes para o desfecho do problema. É preciso entender em que sentido os fatos são relevantes e como tal relevância se conecta a razões universalizáveis”. (SANTOS, Ramon Ouais; PUGLIESE, Willian Soares. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 272, Out. 2017, p. 375-396).

⁷⁶ BERTÃO, *Os precedentes no novo Código de Processo Civil...*, 2016; MOLLICA e OLIVEIRA, *O novo CPC, os precedentes vinculantes e a discussão sobre a (in)constitucionalidade de sua previsão infraconstitucional...*, 2018, p. 235.

facilitar e tornar mais célere a ação dos juízes, assim como a jurisprudência, não goza de força vinculante, não sendo seu descumprimento passível de manejo de reclamação”.⁷⁷

Quanto ao que consiste a jurisprudência, de forma técnica, é preciso que haja “[...] um número razoável de decisões convergentes no sentido da aplicabilidade de determinada regra jurídica”.⁷⁸ Apresentam um entendimento do tribunal,⁷⁹ porém não possuem efeito de vinculação.⁸⁰

Apesar de em situações específicas, Michele Taruffo utilizou os termos “precedentes” e “jurisprudência” como sinônimos, porém compreendeu a existência de clara distinção. Em caráter quantitativo, o precedente estaria relacionado a uma decisão e nos casos de pluralidade, geralmente, relaciona-se a jurisprudência; em qualitativo, o precedente procura fornecer uma regra a ser utilizada nos subsequentes, enquanto a jurisprudência se furta da comparação dos fatos, assim tem conteúdo mais específico.⁸¹

A partir destas necessárias distinções, compreende-se serem os precedentes um mecanismo de aplicação do *stare decisis*. Face a uma decisão, ou a um conjunto, cria-se um paradigma a ser aplicado em casos semelhantes, deve ser verificar os elementos integrantes a serem observados, garantindo a sua devida aplicação.

A aplicação dos precedentes judiciais requer um exame detido da decisão que deu ensejo a sua criação, ou ao conjunto, em comparação ao caso a ser julgado. No entanto, não se mostra tão simples a utilização desta técnica. É necessário estarem presentes

⁷⁷ MOLLICA e OLIVEIRA, *O novo CPC, os precedentes vinculantes e a discussão sobre a (in)constitucionalidade de sua previsão infraconstitucional...*, 2018, p. 235.

⁷⁸ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 99. Gilberto Andreassa Junior apresenta a sua abordagem quanto a distinção entre jurisprudência e precedente: “Uma distinção básica e importante entre *precedente* e *jurisprudência* reside na circunstância de que enquanto um *precedente* é substantivo singular, a *jurisprudência* é substantivo coletivo, e, para ser corretamente denominada como tal, deve se constituir de um conjunto de decisões ou acórdãos uniformes, que reflitam o pensamento dominante de determinado tribunal ou, se possível, do Poder Judiciário inteiro. (ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Precedentes judiciais e colegialidade: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 81-82).

⁷⁹ BERTÃO, *Os precedentes no novo Código de Processo Civil...*, 2016. Hermes Zaneti Jr. apresenta a posição da jurisprudência no *civil law*: “Nos países de tradição de *civil law*, a jurisprudência é apresentada como parte das fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, normalmente ligada aos costumes, não tendo a força vinculante de uma fonte formal e primária”. (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 328).

⁸⁰ E apesar de não possuir efeito vinculativo, precisa ter sua observação pelos órgãos judiciais, assim: “[...] por *jurisprudencia* pueden entenderse sentencias con valor normativo especial (no sólo complementario, en realidad), que deben ser tenidas en cuenta y respetadas por los órganos judiciales a la hora de interpretar y aplicar el Derecho”. (MARTÍN, Nuria Beloso. Del precedente judicial a los precedentes obligatorios: ¿Ventaja o amenaza para los tribunales inferiores? In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n. 3, Set./Dez. 2018, p. 603. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/39181/27461>. Acesso em: 22/06/2023).

⁸¹ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 199, Set. 2011, p. 139-155.

determinadas particularidades e que, exatamente por isso, não são levadas ao fato abstrato previsto em lei.⁸²⁻⁸³

Importante se compreender dois elementos constantes dos precedentes: a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. Das decisões judiciais podemos observá-los. Para a correta aplicação do sistema de precedentes vinculantes é preciso bem conhecê-los e identificá-los. Todavia, não se trata de uma atividade simples.

A diferença básica entre esses dois elementos reside em determinar “[...] a parcela obrigatória de um precedente da não obrigatória”.⁸⁴ O exercício de diferenciação se dará através das decisões proferidas pelo órgão superior, com o estudo de seu conteúdo a ser realizado pelas instâncias inferiores.

A *ratio decidendi*⁸⁵ consiste no fundamento institucional da decisão, sendo a essência do julgado e que serve para compreender o seu resultado.⁸⁶ A sua extração parte da análise do campo fático-jurídico dos pontos constantes do processo que foram resolvidos, sendo a razão suficiente e determinante para resolver a questão de relevo.⁸⁷

No momento em que o julgador vem a decidir um caso ele apresentará, inicialmente, a sua interpretação dos fatos informados e a sua relação com o Direito de forma geral. Ao mesmo tempo, dará a solução para a situação daquele caso individualmente.⁸⁸

A *ratio* estará baseada em elementos históricos, sociológicos e psicológicos, os quais fundamentam a decisão e estão a ela diretamente atrelados.⁸⁹ O exame futuro

⁸² RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros de demandas repetitivas? Angústias e desconfiças. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 259, Set. 2016, p. 307-329.

⁸³ Quando da atuação do julgador temos que: “La norma general aplicada por un juez para resolver um caso es una *razón* (la *razón normativa*) que justifica la decisión. Al mismo tiempo, es una *premisa* (la *premisa normativa*) del razonamiento, cuya conclusión es el mandato judicial o el *decisum*. Finalmente, si vemos cualquier sentencia como una muestra de razonamiento con una estructura lógica, entonces la norma general aplicada por el juez puede ser considerada como un *paso lógico necesario* (el *paso normativo necesario*) em dicho razonamiento”. (CHIASSONI, Pierluigi. La filosofía del precedente: Análisis conceptual y reconstrucción racional. In: PULIDO, Carlos Bernal; BUSTAMANTE, Thomas (eds.). *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 34).

⁸⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 215.

⁸⁵ Denominação proveniente do *common law* inglês, enquanto a denominação proveniente do *common law* estadunidense é *holding*.

⁸⁶ BERTÃO, *Os precedentes no novo Código de Processo Civil...*, 2016.

⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 206, Abr. 2012, p. 61-78.

⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 456.

⁸⁹ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto; BARBOSA, Claudia Maria. Teoria dos precedentes e sua incompatibilidade com o sistema deliberativo dos tribunais superiores. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 12, n. 3, 2017, p. 861-888. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/26773/pdf>. Acesso em: 21/07/2023.

considerará as características especiais do caso onde a determinação foi proferida, permitindo a configuração da regra jurídica concretizada.⁹⁰

Pierluigi Chiassoni, ao analisar a maneira como a *ratio decidendi* pode se expressar, verifica a distinção entre: a explícita, nos casos em que o julgador do precedente a expressa de forma clara; e, a implícita, a partir de determinada sentença a declaração do precedente se encontra dentro da fundamentação.⁹¹

Juraci Mourão Lopes Filho afirma ser “[...] o núcleo vinculante, a parte relevante do julgamento, o qual será aplicado no futuro”.⁹² Não há pelo órgão julgador a explicitação ou individuação da *ratio*, assim cabe o exame em momento posterior realizar a sua compreensão.

A *ratio* requer alguns elementos para a sua constituição, os quais permitem uma melhor verificação de sua existência, a formar a tese jurídica.⁹³ Tornam-se constatáveis o juízo decisório, a indicação dos fatos relevantes e o exame do raciocínio lógico-jurídico da decisão.⁹⁴ Através destes teremos um caminho para o seu destaque.

Existe uma parte da doutrina que ao falar da *ratio decidendi* utiliza de forma sinônima a fundamentos determinantes. O que não será problemático se se entender que existem distinções entre ambos. Não pode se realizar a confusão entre a norma extraída do precedente e a fundamentação do precedente.⁹⁵

No sistema do *common law*, a *ratio decidendi* é vista como fundamento jurídico e também possui a função de evitar arbitrariedades nas decisões judiciais. As razões da decisão importam não apenas as partes, como também aos julgadores e aos demais jurisdicionados.⁹⁶

A leitura da decisão é essencial no percurso de quem examinará e buscará a *ratio*, de forma pormenorizada. A partir desta atividade deve se compreender ao que o processo se

⁹⁰ TARUFFO, *Precedente e jurisprudência...*, 2011.

⁹¹ CHIASSONI, Pierluigi. La filosofía del precedente: Análisis conceptual y reconstrucción racional. In: PULIDO, Carlos Bernal; BUSTAMANTE, Thomas (eds.). *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 34-35.

⁹² LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 167.

⁹³ Tais Schilling Ferraz apresenta distinção entre a *ratio decidendi* e a tese jurídica: “[...] a tese jurídica [...] vem sendo construída como um preceito genérico e abstrato, semelhante à lei, que proclama o resultado de um julgamento, com a expectativa de ampla aplicabilidade a casos onde a mesma questão tenha sido suscitada. *Ratio decidendi* [...] são os motivos determinantes da decisão, passos necessários para que o julgador chegue a um determinado resultado, a ser construído à luz dos fatos da causa de onde se originou e que destes não se abstrai”. (FERRAZ, Tais Schilling. *Ratio decidendi* x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 265, Mar. 2017, p. 419-441).

⁹⁴ TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 175.

⁹⁵ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 73.

⁹⁶ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 87.

propõe e a sua fundamentação final, não sendo uma atividade simples. A *ratio decidendi* será aplicada de acordo com o princípio de direito extraído, em maior ou menor extensão.⁹⁷

Da “[...] decisão judicial assume a forma de precedente apenas a sua *ratio decidendi* vincula os juízes, que não são afetados por argumentos expostos apenas de passagem em sua motivação[...]”,⁹⁸ existem também outros pronunciamentos que não são essenciais para o precedente.

Quanto a esses os classificamos como *obiter dictum* (ou *obiter dicta*, no plural), tratam-se de argumentos, apontamentos ou comentários realizados de passagem na motivação da decisão.⁹⁹ Reporta-se a parte da decisão que se considera dispensável.¹⁰⁰

Essa fração pode ser observada durante o julgamento ou constante do teor da decisão, porém ela não possui referência ao caso ou ainda que faça não é uma proposição necessária para a solução do caso.¹⁰¹

Existe a relação com a *ratio decidendi*, mas não a constitui. Trata-se sobre questões secundárias, a partir de sua discussão ou o seu afastamento teremos a formação dos fundamentos determinantes, ainda que indiretamente.¹⁰² Constituem-se em conteúdos mencionados e não influentes em sua atividade interpretativa.

Numa análise dentro do direito estadunidense, Toni M. Fine afirma que consistem em “[...] pronunciamentos judiciais encontrados no bojo da decisão judicial que vão além dos fatos e das questões legais trazidas a juízo pelas partes. [...] as partes da decisão judicial que são meros dicta ordinariamente não possuem valor ou efeito de precedente”.¹⁰³

Teresa Arruda Alvim Wambier informa que o significado do termo é “[...] o que é dito para morrer, o que é dito por nada, inutilmente”.¹⁰⁴ Apesar de possuir conceito incisivo, o *obiter dictum* auxilia na formulação e compreensão da *ratio decidendi*.

Realizar a distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* não é uma atividade fácil, porém se mostra necessária para a aplicação dos precedentes. Uma vez não ser de fácil

⁹⁷ FERRAZ, *Ratio decidendi x tese jurídica...*, 2017.

⁹⁸ MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 174.

⁹⁹ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p. 458.

¹⁰⁰ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 90.

¹⁰¹ MITIDIERO, *Fundamentação e Precedente...*, 2012.

¹⁰² GAIO JÚNIOR, *Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais...*, 2016.

¹⁰³ FINE, *O uso do precedente e o papel do princípio do Stare Decisis no sistema legal norte-americano...*, 2000.

¹⁰⁴ WAMBIER, *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito...*, 2009.

caracterização dessa dissociação pelas partes, que já tem conhecimento da causa, o que dirá realizar tal prática pelos demais jurisdicionados?¹⁰⁵

Diante da análise de temas secundários ou tangenciais ao caso, O *obiter dictum* pode simbolizar uma futura orientação do tribunal, mesmo que sua dicção não possua nenhum valor vinculante no caso-atual¹⁰⁶. Eventualmente, o entendimento poderá se desenvolver e se tornar uma *ratio decidendi* em um caso-futuro.¹⁰⁷

O respeito a estas questões pode se justificar em virtude do órgão que proferiu a decisão, o prolator da decisão ou as razões em si. Contudo, ele não vinculará os tribunais ou julgadores de instância inferior. Por não passar necessariamente pelo contraditório entre as partes, não se poderia dar a mesma autoridade que possui a *ratio decidendi*.¹⁰⁸

Existem alguns casos em que o tratamento dado é realizado de maneira aprofundada, ainda que não seja considerado uma fundamentação determinante. Pode ser utilizado como um argumento de persuasão, diante de sua impossibilidade de vinculação obrigatória.¹⁰⁹

Outra possibilidade é a de questões jurídicas que não precisariam ser decididas para solucionar o caso concreto, mesmo que analisadas pela maioria do tribunal. A atividade jurisdicional do Judiciário está sujeita ao princípio da inércia da jurisdição e da congruência. O precedente formado deve estar atrelado a questão jurídica analisada, sob pena de julgarem *ultra* ou *extra petita*.¹¹⁰

As decisões não apresentam essa diferenciação entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, pelo menos não é a praxe usual. Caberá aos julgadores dos casos subsequentes realizar essa análise sobre qual será o conteúdo do precedente e se esse será aplicável ao julgamento, logo um exame retrospectivo.¹¹¹

¹⁰⁵ FINE, O uso do precedente e o papel do princípio do *Stare Decisis* no sistema legal norte-americano..., 2000. Daniel Mitidiero informa que essa atividade é o início do trabalho para a aplicação dos precedentes: "Identificar aquilo que adquire força de precedente a partir da decisão judicial é apenas uma parte do problema. A partir daí é preciso saber como *trabalhar* com os precedentes. É preciso compreender a 'dinâmica do precedente'". (MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 206, Abr. 2012, p. 61-78).

¹⁰⁶ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p. 459.

¹⁰⁷ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 91; DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p. 459.

¹⁰⁸ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 77.

¹⁰⁹ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 90. Afirma José Rogério Cruz e Tucci: "O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como *precedente vinculante* em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão". (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 177).

¹¹⁰ MELLO e BAQUEIRO, *Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal...*, 2018, p. 673.

¹¹¹ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 77.

O sistema de precedentes solicita a distinção entre esses elementos para que se torne claro o precedente a ser utilizado pelos casos futuros.¹¹² Justifica-se a dificuldade destacada na definição do que seria vinculante dentro do precedente e dos julgamentos.

A partir desta análise é possível se afirmar que a atividade para a aplicação do precedente não se trata de um exercício mecânico, uma simples comparação entre termos. Há a necessidade de uma atividade interpretativa, tanto da própria caso formador do precedente quanto para a utilização enquanto fundamento para o julgamento do caso subsequente.

Diante desta atividade interpretativa compreende-se que a formação de um precedente não pode significar a endurecimento do direito. Foi necessário a apresentação de mecanismos que permitissem a oxigenação dos precedentes, conforme se demonstrará no item que segue.

1.4 A DISTINÇÃO E A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS: OS MECANISMOS PARA O NÃO ENRIJECIMENTO DO DIREITO

A aplicação dos precedentes judiciais se mostra como um mecanismo complexo, o qual precisa de uma atividade interpretativa ativa por parte do aplicador. A identificação da *ratio decidendi* é apenas uma das tarefas a serem realizadas na dinâmica do sistema de precedentes.

Além disso, a característica de “[...] manter as coisas como estão e não alterar o que foi previamente decidido é um dos pilares clássicos do direito da família anglo-americana [...]”¹¹³ e visualizada dentro da doutrina do *stare decisis*.

Diante da adoção da referida doutrina não se pode compreender que se alcançará um enrijecimento do direito,¹¹⁴ ocasionado que se impossibilite mudanças por conta de sua obrigatoriedade. Diversas técnicas foram desenvolvidas de modo a permitir um

¹¹² ANDREASSA JUNIOR e BARBOSA, *Teoria dos precedentes e sua incompatibilidade com o sistema deliberativo dos tribunais superiores...*, 2017.

¹¹³ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 78. A atividade realizada pelo *stare decisis*, no que envolve a *ratio decidendi*, é complexa, pois: “[...] é preciso assinalar que *stare decisis* não é apenas uma doutrina de estabilidade e uniformidade. Suas restrições e limitações inerentes bem como os fatores que determinam a inaplicabilidade de decisões anteriores tornam possível a necessária flexibilidade, indispensável para a mudança e o progresso”. (RE, Edward. D. *Stare decisis*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 702, Abr. 1994, p. 7-13).

¹¹⁴ Ainda que no caso da Inglaterra o sistema de precedentes tivesse grande rigidez: “Até bem pouco tempo atrás, mais precisamente até 1966, o sistema de precedentes na Inglaterra era tão rígido, que a *House of Lords*, órgão supremo do Poder Judiciário do Reino Unido, não podia modificar os seus próprios precedentes. Era o *stare decisis*, na sua versão mais rígida: conservar as *rationes decidendi* de casos anteriores.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 172, Jun. 2009, p. 121-174).

dinamismo na aplicação dos precedentes,¹¹⁵ além do exame entre o caso-precedente e o caso atual.

Ocorrendo situação fático-jurídica a qual já fora submetida a apreciação de corte superior, o novo caso deve ter resolução com a mesma solução jurídica do caso-precedente.¹¹⁶ No entanto, caso a situação solicite um resultado diferente, seja em sua totalidade ou com extensão diversa, a corte que exarou o precedente poderá se posicionar novamente.

Em geral, os mecanismos *overruling* e *distinguishing* são apresentados e utilizados pelos tribunais com o fim de se afastar a aplicação de um precedente. O julgador para aplicá-los deve trazer a fundamentação exaustiva dos fundamentos para este afastamento.¹¹⁷

O *overruling* será aplicado nos casos em que o precedente se encontra superado, assim revogando-o. Supera-se o entendimento formado no caso anterior diante da elaboração de nova compreensão, passando ela a determinar o encaminhamento a ser dado em situações fático-jurídicas similares.¹¹⁸

Ao contrário do que se poderia apontar sem um estudo aprofundado, a correta aplicação dessa técnica com a devidas depurações promove a doutrina do *stare decisis*. Permite-se a demonstração de que mesmo com a existência de precedentes obrigatórios não se impossibilitará a evolução do direito.¹¹⁹

Rafael Calheiros Bertão conceitua ser “[...] uma técnica de utilização dos precedentes, através da qual o órgão julgador procede com a superação de um precedente judicial”.¹²⁰

¹¹⁵ PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedente no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 541.

¹¹⁶ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 78.

¹¹⁷ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 92.

¹¹⁸ GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O *prospective overruling* nas Supremas Cortes brasileiras: A possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidadas à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 258, Ago. 2016, p. 357-385. Quanto a este aspecto, existe compreensão que a possibilidade de haver *overruling* levaria ao desaparecimento da dimensão horizontal do *stare decisis*, pois haveriam circunstâncias onde o tribunal se apartaria da aplicação de um precedente, não estando, em tese, obrigado por ele (LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”*. In: *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 33, n. 1, 2006, p. 115. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf>. Acesso em: 21/06/2023).

¹¹⁹ PEIXOTO, Ravi. A superação de precedentes (*overruling*) no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista de Processo Comparado*, São Paulo: RT, vol. 3, Jan./Jun. 2016, p. 121-157. A atividade dos julgadores, portanto, se volta para a conscientização de sua atividade: “*When judges overrule a precedent they are declining to follow it and declaring that, at least where the facts of a case are materially identical to those of the case at hand, a new ruling should be followed instead. Sometimes a precedent is overruled because it has somehow outstayed its welcome. Sometimes a court may consider it unfortunate that the precedent was created in the first place*”. (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008, p. 117).

¹²⁰ BERTÃO, *Os precedentes no novo Código de Processo Civil...*, 2016.

Sintetiza Gilberto Andreassa Junior que a técnica “[...] nada mais é do que a superação do precedente”.¹²¹⁻¹²²

Para tanto é necessária a constatação de que aconteça a perda da congruência social e o surgimento da inconsistência sistêmica. Outro motivador da superação é a verificação de que as normas de estabilidade, de isonomia e de segurança jurídica direcionem mais a mudança do que a preservação.¹²³

A revogação a ser realizada precisa ter capacidade de gerar uma confiança ainda maior aos jurisdicionados, suprimindo eventuais surpresas e impactos no âmbito da segurança jurídica e da isonomia. Após este exame o horizonte para a modificação do precedente se mostrará claro e preciso.¹²⁴

Diante desses casos a corte superior poderá substituir o precedente, por ser equivocado ou considerado ultrapassado. A nova decisão irá se utilizar da nova orientação e revogar expressamente a *ratio decidendi*, logo perderá todo o seu valor vinculante.¹²⁵

A superação levará a conclusão de que um novo precedente será formado. Gabriel Sardenberg Cunha afirma que não “[...] haverá superação em função de decisão que não é, materialmente, um precedente, exigindo-se, para tanto, um novo precedente de corte superior ou da mesma corte”.¹²⁶

Esta alteração implicará mudanças nos planos de atuação e também no de incidência do modelo. A superação ocorrerá “[...] tanto no plano horizontal, quando um órgão

¹²¹ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 92.

¹²² Também contribuindo na conceituação temos a posição de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “Overruling é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (overruled) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o overruling”. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 507-508).

¹²³ GAIO JUNIOR, *Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais...*, 2016; PEIXOTO, A superação de precedentes (*overruling*) no Código de Processo Civil de 2015..., 2016. Nas palavras de Daniel Mitidiero: “A superação de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica). Quando o precedente carece de dupla coerência e os princípios básicos que sustentam a regra do *stare dedicis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), o precedente deve ser superado. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedente (*basic overruling principle*)”. (MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 206, Abr. 2012, p. 61-78).

¹²⁴ GORGA, Aline Medeiros. O uso dos precedentes vinculantes no ordenamento brasileiro e sua relação com o direito comparado. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, vol. 102, Jul./Ago. 2017, p. 123-146.

¹²⁵ TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 179.

¹²⁶ CUNHA, Gabriel Sardenberg. *Precedentes e decisões (potencialmente) vinculantes: obrigatoriedade racional e obrigatoriedade formal na lei processual*. Tese (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, 2020, p. 125. Disponível em: https://sappg.ufes.br/tese_drupal//tese_14402_Disserta%E7%E3o%20Final_GABRIEL%20SARDEMBERG.pdf. Acesso em: 21/06/2023.

jurisdicional revoga seu próprio precedente, quanto no plano vertical, quando um tribunal superior revoga precedente de um inferior”.¹²⁷

A substituição do precedente pode acontecer de duas maneiras: a explícita e a implícita. A explícita (*express overruling*) ocorre quando o tribunal, ao analisar o caso em julgamento, opta expressamente por adotar uma nova orientação.¹²⁸ Nesta situação temos uma maior segurança tanto no que toca ao reconhecimento do precedente quanto na compreensão da nova aplicação.

A outra forma de substituição é a implícita (*implied overruling*), através da qual se apresenta uma nova orientação a ser utilizada nos casos de similitude fático-jurídica, em contraposição ao entendimento anterior. Contudo, não há a explicitação desta substituição.¹²⁹

Quanto a esta forma existe a defesa de que não seja aplicada. Não há clareza quanto a superação do precedente, teremos prejudicada a atuação das cortes inferiores em interpretar o novo precedente, sem a certeza de sua aplicabilidade. Toda superação de precedente deve se dar expressamente e de forma justificada, tal qual o previsto em nosso ordenamento.¹³⁰

Para que se realize a superação do precedente o momento em que se operará os efeitos precisa ser demarcado e compreendido. Diante disso o *overruling* pode ser distinguido entre *retrospective*, *prospective* e *antecipatory*.

O *antecipatory overruling* pode ser compreendido enquanto “[...] revogação preventiva pelos tribunais inferiores sob o fundamento de que não mais constitui *good law*, por já ter sido reconhecido pelo próprio tribunal *ad quem*”.¹³¹

Considera-se a *prospective overruling* nos casos em que se dá a revogação com eficácia *ex nunc*. A substituição se aplicará aos casos subsequentes ao do novo entendimento, e a *ratio* anterior segue aplicável aos fatos ocorridos anteriormente.¹³²

¹²⁷ MOLLICA e OLIVEIRA, *O novo CPC, os precedentes vinculantes e a discussão sobre a (in)constitucionalidade de sua previsão infraconstitucional...*, 2018, p. 234.

¹²⁸ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p. 508.

¹²⁹ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 92.

¹³⁰ PEIXOTO, *A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015...*, 2016.

¹³¹ GAIO JUNIOR, *Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais...*, 2016. É importante a seguinte diferenciação: “Essa técnica não deve ser confundida com a não aplicação do precedente pela sua mera discordância quanto ao mérito. Assim, em sendo aplicável o precedente, e não sendo a hipótese de ‘superação antecipada’, tratar-se-á de decisão em *error in iudicando* ou *in procedendo*”. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 520).

¹³² TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 180. Gláucio Maciel Gonçalves e Guilherme Bacelar Patrício de Assis fundamentam a sua incidência: “Assim, o que justifica o *prospective overruling*, em essência, é a necessidade de resguardar as legítimas expectativas e a confiança justificada, tutelando as mais diversas condutas, atos e negócios jurídicos travados de boa-fé pelos cidadãos e empresas em

Nos casos em que a revogação opera com efeitos *ex tunc* e a *ratio* é substituída temos a *retrospective overruling*. Não há permissão para ser utilizada a *ratio*, nem mesmo em casos anteriores, ainda que esteja aguardando julgamento.¹³³⁻¹³⁴

Outra técnica mencionada é a *transformation*, utilizada nos casos em que “[...] o precedente é efetivamente incompatível com o anterior, mas há uma tentativa de compatibilização de ambos os resultados”.¹³⁵ A diferença entre o *overruling* e a *transformation* é compreendida muito mais na sua formalidade do que em sua substância.¹³⁶

Ravi Peixoto critica a utilização da *transformation*. Entende o autor haver meios mais seguros para a promoção da segurança jurídica e da igualdade, devendo assim ser abandonada. Especialmente, pois “[...] o tribunal, além de superar o precedente sem indicar expressamente que o fez, ainda tenta argumentar pela compatibilidade do novo posicionamento com o antigo”.¹³⁷

A sua utilização acaba por tornar dificultoso o trabalho de outros tribunais e dos jurisdicionados. Há a tentativa de compatibilização entre o precedente antigo com o que

conformidade com aquilo que era tido como o direito constitucional e federal ordinário posto pelo Estado, isto é, segundo proclamado pelo órgão constitucionalmente competente para dar a última palavra sobre verdadeiro sentido e alcance da Constituição e das leis federais”. (GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O *prospective overruling* nas Supremas Cortes brasileiras: A possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidadas à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 258, Ago. 2016, p. 357-385).

¹³³ GAIO JUNIOR, *Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais...*, 2016; TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 179.

¹³⁴ Quanto ao *retrospective overruling* é necessário se trazer apontamentos sobre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. No Direito Penal para a aplicação deste mecanismo é necessário verificar o impacto do precedente no caso concreto, pois se ocasionar em agravamento da situação jurídica do investigado, do denunciado ou do réu, o precedente somente será aplicado em casos futuros, não retroagindo; no entanto, se for mais benéfica poderá ser aplicada, inclusive em sentença condenatória transitada em julgado. (cf. ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Modificações de precedentes e a irretroatividade do direito: O prospective overruling à luz do modelo constitucional de processo e do art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2021, p. 135. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/39312/5/4%20Tese%20%28versão%20BU%20UFMG_ajustada%29_Guilherme%20Bacelar.pdf. Acesso em: 02/10/2023). Similar compreensão recai no Direito Administrativo sancionador: “Por outro lado, a irretroatividade das novas interpretações administrativas, prevista no artigo 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/1999, relaciona-se, em princípio, com a mudança de interpretação por razões de interesse público. Também se restringe aos casos em que existem prejuízos aos administrados, admitindo-se, contudo, a irretroatividade das novas interpretações administrativas que beneficiam aos administrados. Assim, por exemplo, a nova interpretação no campo do direito administrativo sancionador que beneficie determinado particular ou agente público, punido em processo administrativo anterior, pode retroagir para abrandar ou afastar a sanção”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980863/>. Acesso em: 02 out. 2023).

¹³⁵ PEIXOTO, *Aspectos materiais e processuais da superação de precedente no direito brasileiro...*, 2016, p. 541.

¹³⁶ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 94.

¹³⁷ PEIXOTO, *A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015...*, 2016.

está sendo formado, apesar de compreender que o entendimento anterior é inadequado.¹³⁸

O *overriding* se trata de uma espécie de revogação parcial. O tribunal limita o âmbito de incidência do precedente, diante do surgimento de uma regra ou princípio legal incidente.¹³⁹

Diante desta parcial superação, a nova compreensão não tem exata relação com a questão de direito do posicionamento núcleo do precedente judicial, porém reduz as possibilidades de sua aplicação. Não há a substituição da norma do precedente, mas a limitação do âmbito de incidência de um precedente.¹⁴⁰

Entre as atividades inerentes a aplicação do precedente temos a verificação de se o caso em julgamento possui relação de similaridade com o precedente. Temos uma técnica que limita a rigidez dos precedentes, pois permite a sua não aplicação diante da verificação do caso concreto, denominada *distinguishing*.¹⁴¹

Neil Duxbury afirma que “‘*Distinguishing*’ is what judges do when they make a distinction between one case and another. The point may seem obvious, but it deserves to be spelt out because we distinguish within as well as between cases”.¹⁴²

Cristiane Duvre Tavares Fagundes o conceitua como “[...] uma técnica inerente à própria doutrina do *stare decisis*, uma vez que, para que se entenda pela aplicação de determinado precedente, pressupõe-se que a mesma situação fática substancial está sendo replicada posteriormente”.¹⁴³

Daniel Mitidiero afirma se tratar de um raciocínio analógico, pois “[...] se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação”.¹⁴⁴

¹³⁸ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p. 508.

¹³⁹ GAIO JUNIOR, *Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais...*, 2016; ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 95.

¹⁴⁰ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p. 520-521.

¹⁴¹ A importância deste mecanismo é tornado latente por Bankowski, MacCormick e Marshall: “*Distinguishing* ostensibly binding and applicable precedents is a most important feature of reasoning with precedent”. (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. London/New York: Routledge, 2016, p. 341).

¹⁴² DUXBURY, *The nature and authority of precedent...*, 2008, p. 113.

¹⁴³ FAGUNES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 78.

¹⁴⁴ MITIDIERO, *Fundamentação e Precedente...*, 2012.

Tal afastamento se justifica diante da falta de semelhança entre os fatos e o direito discutidos no caso presente e no caso-precedente ou, ainda que haja certa aproximação entre ambos, alguma peculiaridade impeça a aplicação do precedente existente.¹⁴⁵

Diante do precedente justo e eficaz a possibilidade que a parte teria para a sua não aplicação é a demonstração de que, no caso concreto, existiriam fatores substanciais hígidos e capazes de afastá-lo.¹⁴⁶ Pois, “*La falta de similitud entre un caso y un determinado precedente permite distinguirlos y, por tanto, no aplicar el precedente al nuevo caso que tiene elementos relevantes distintos*”.¹⁴⁷

Em razão de sua distinção, o afastamento poderá ser realizado por qualquer órgão jurisdicional. Não se questionará a sua validade, legitimidade, eficácia ou hierarquia do tribunal que a firmou, restando verificado que o precedente não será aplicável ao caso atual.¹⁴⁸

Verificando a existência de duas classes de distinção, Pierluigi Chiassoni entende que ocorreria o *distinguishing* externo através da demonstração de que a *ratio* não se aplicaria caso os fatos materiais do caso sejam diferentes que produziu o precedente. Enquanto o *distinguishing* interno se verifica pela compreensão da não aplicação após leitura minuciosa do caso, determinando a diferenciação dos fatos entre o caso-precedente e o caso atual.¹⁴⁹

Observada a distinção o julgador pode “[...] entender que as peculiaridades do caso concreto impedem a mesma tese jurídica outrora afirmada”,¹⁵⁰ denominada de *restrictive distinguishing*; ou “[...] estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável”,¹⁵¹ designado *ampliative distinguishing*.

Contudo, a utilização deste mecanismo não objetiva afastar *ratios decidendis* de precedentes, mas a demonstração de que no caso em análise a sua aplicação não se faz

¹⁴⁵ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, Curso de direito processual civil..., 2016, p, 504. Rogerio Mollica e Ocimar Barros de Oliveira apresentam a análise prática do *distinguishing*: “Para se aplicar o precedente vinculante o juiz ou órgão vinculado irá fazer um cotejamento entre o caso *sub judice* e a *ratio decidendi* do caso paradigmático. Logo, não é uma mera aplicação afoita e sem prévia análise das características fáticas intrínsecas que podem igualar ou mesmo diferenciar (*distinguishing*) um caso do outro”. (MOLLICA, Rogerio; OLIVEIRA, Ocimar Barros de. O novo CPC, os precedentes vinculantes e a discussão sobre a (in)constitucionalidade de sua previsão infraconstitucional. In: *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo: v. 21, n. 8, Set./Dez. 2018, p. 234. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/4510/4246>. Acesso em: 13/04/2023).

¹⁴⁶ BERTÃO, *Os precedentes no novo Código de Processo Civil...*, 2016.

¹⁴⁷ LEGARRE e RIVERA, *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”...*, 2006, p. 114.

¹⁴⁸ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 313.

¹⁴⁹ CHIASSONI, *La filosofía del precedente...*, 2015, p. 47.

¹⁵⁰ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p. 505.

¹⁵¹ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 94.

possível. Após a equiparação pode se aplicar outro precedente já existente, a criação de um novo precedente ou ainda na ampliação de um precedente.¹⁵²

Diante destas técnicas apresentadas podemos concluir que a aplicação e utilização de um precedente judicial não se dá de forma automática. O julgador, de instância inferior ou de corte superior, deve realizar uma análise técnica do caso. O caso concreto e suas nuances precisam ser considerados, permitindo a boa incidência e desenvolvimento do direito.

A boa utilização deste mecanismo permitirá o refinamento do precedente formulado.¹⁵³

Partindo da verificação de não aplicação de determinado precedente, em virtude do não enquadramento no caso concreto por questões de fato ou de direito, o tribunal fará que o precedente continue aplicável aos casos necessários e permitirá a boa discussão, através da observação de valores e princípios, para eventual formação de precedente aplicável.

1.5 O PONTO DE ENCONTRO ENTRE OS MECANISMOS: OBSERVAÇÕES SOBRE A COMPLEXIDADE NO DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Como observamos dos apontamentos realizados dentro deste capítulo, o controle de constitucionalidade e os precedentes possuem raízes históricas contemporâneas. Tanto que Edward Coke pode ser observado como um ator comum na construção dos institutos. Buscou que fosse mitigada a supremacia do parlamento e a limitação dos poderes do rei,¹⁵⁴ o que consequencialmente levaria ao surgimento do controle de constitucionalidade. Além disso, pretendeu conservar princípios processuais formados por juízes passados, garantindo a uniformização dos julgamentos. Propôs a classificação dos precedentes, o exame da *ratio decidendi* e *obiter dictum* e a conciliação ou distinção entre as decisões.¹⁵⁵ Em ambos os institutos fora o decorrer do tempo que concedeu o espaço para sua aplicação. Essa observação pode ser compreendida dentro dos ordenamentos jurídicos que fomentaram a sua criação, bem como nos ordenamentos que aderiram a sua funcionalidade, em virtude das características ali postas.

¹⁵² GORGA, *O uso dos precedentes vinculantes no ordenamento brasileiro e sua relação com o direito comparado...*, 2017.

¹⁵³ SUMMERS, *Precedent in the United States (New York State)...*, 2016, p. 391.

¹⁵⁴ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 211

¹⁵⁵ TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 155-156.

Em meados do Século XVII, Coke compreendia que deveria ser concedida aos juízes a autoridade da supremacia do *common law* face aos atos do Parlamento e do Rei.¹⁵⁶ Realizou sua ideia quando do exame do Caso Bonham, determinando que poderia o ato do Parlamento ser anulado nos casos que em se verifique a ofensa do *common law*. No entanto, a decisão não agradou ao Rei James e ao *Lord Chancellor Ellesmere* ocasionando a sua futura dispensa do cargo de juiz da Corte de Apelação, em 1613, bem como não foi utilizada como precedente para outras decisões.¹⁵⁷

Apesar da fragmentação apresentada pela Constituição de 1787, os Estados Unidos se desenvolveram sob as bases do *common law*, tal qual a experiência jurídica inglesa.¹⁵⁸ No entanto, distanciou-se desta tradição, especialmente por ter se estruturado no federalismo e com rígida divisão de poderes.¹⁵⁹

O zelo pela primazia da Constituição foi função dada aos juízes, os quais não mais deveriam estar submissos as Cartas Coloniais.¹⁶⁰ Defendendo a Constituição de 1787, os escritos de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay exaltavam a rigidez de procedimento de reforma da Constituição e a possibilidade de controle de constitucionalidade face a ela.¹⁶¹

Apesar de ser a jurisprudência a fonte primária que decorre do *common law* inglês, a ideia de vinculação do julgado precedente somente surgiu em meados do século XIX. As decisões jurisdicionais possuíam poucos compromissos com as leis em tese e, a partir de então, obrigavam os próprios juízes a observá-las face a novas que tenham com elas relação.¹⁶²

Na Inglaterra, outra ferramenta que possibilitou a aplicação dos precedentes foi a publicação dos julgados das cortes, através dos *Law Reports*.¹⁶³ Através de um órgão

¹⁵⁶ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado...*, 1984, p. 59.

¹⁵⁷ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 214.

¹⁵⁸ TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 165. Neste sentido, afirma: “*Early American courts relied heavily on precedents derived from English common law, especially in decisions affecting traditional common law areas such as contracts, torts, property, and wills and trusts*”. (SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. London/New York: Routledge, 2016, p. 355).

¹⁵⁹ GAIO JÚNIOR, *Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais...*, 2016.

¹⁶⁰ SEGADO, Francisco Fernández. Controle de constitucionalidade e justiça constitucional. In: Martins, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos. (coord.). *Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 367.

¹⁶¹ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 216.

¹⁶² GORGA, *O uso dos precedentes vinculantes no ordenamento brasileiro e sua relação com o direito comparado...*, 2017.

¹⁶³ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: Técnica para a formação e aplicação de precedentes judiciais. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 249, Nov. 2015, p. 421-448. Nos Estados Unidos da América essa ferramenta também foi utilizada: “O primeiro *Law Report* americano foi publicado em Connecticut, em 1789. Não demorou muito para que vários Estados

semioficial, constavam a jurisprudência escolhida, que também tinha a incumbência de verificar junto aos juízes a revisão de seus votos, antes da publicação.¹⁶⁴

Em 1803, o julgamento do caso *Marbury v. Madison* utilizou da tese da supremacia da Constituição sobre a lei ordinária. Estando contrária àquela sua permanência não poderia subsistir, sendo considerado nulo, inválido e ineficaz.¹⁶⁵ Ainda que se verifique a existência de elementos de *judicial review* antes deste caso.¹⁶⁶

A ideia da rigidez constitucional foi o ponto de partida do raciocínio para a proposição do sistema concentrado de constitucionalidade, nas mãos de um órgão especial. Há a apreciação da constitucionalidade de uma norma ou lei, em tese, sendo obrigatória para todos, tal como proposto por Hans Kelsen.¹⁶⁷

Converteu-se o Tribunal Constitucional instituído no papel de legislador negativo, pois não poderia a decisão consistir exclusivamente na anulação de uma lei em mera desaplicação. Os juízes estarão mais sujeitos à lei, reforçando o papel do parlamento.¹⁶⁸

A vinculação pretendida pelo *common law* inglês se dá através de alcançar *predictability, equality, consistency* e *stability*. Estes podem ser constatados também nos ordenamentos jurídicos do sistema *civil law*.¹⁶⁹ Na Inglaterra, até 1966 a busca por estes princípios foi incessante. Ao ponto de a *House of Lords* não poder alterar os próprios precedentes, respeitando um sistema de precedentes rígido.¹⁷⁰ Houve compreensão em sentido de não concordar com a mudança, diante de o próprio órgão poder se declarar não vinculado aos próprios precedentes.¹⁷¹

Algumas peculiaridades se apresentam para a formação de precedentes no ordenamento estadunidense. A vinculação dos precedentes se dá apenas para os tribunais e juízes vinculados, através de critérios de hierarquia e competência. De outro lado, as decisões

regulamentasse a edição de coleções oficiais. Em outros, os próprios juízes das *Courts of Appeals* providenciavam a seleção e publicação por sua própria iniciativa". (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 166).

¹⁶⁴ TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 162-163.

¹⁶⁵ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional...*, 2011, p. 311.

¹⁶⁶ JEVEAUX e DIAS, *O controle de constitucionalidade difuso...*, 2015.

¹⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999). In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 220, Abr./Jun. 2000, p. 1-17.

¹⁶⁸ SEGADO, *Controle de constitucionalidade e justiça constitucional...*, 2005, p. 375.

¹⁶⁹ WAMBIER, *Interpretação da lei e de precedentes...*, 2010.

¹⁷⁰ Vejamos: "Finally, in 1966, a Practice Statement was issued by the Lord Chancellor, declaring that henceforward the House would hold itself free to depart from precedents in appropriate cases, while acknowledging the continuing importance for legal certainty of treating them as normally binding". (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. London/New York: Routledge, 2016, p. 326).

¹⁷¹ WAMBIER, *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito...*, 2009.

da Suprema Corte são vinculantes para todas as cortes. Por exemplo, os precedentes da Corte Suprema da Flórida só vinculará àqueles que estão sob sua jurisdição.¹⁷²

Toni M. Fine ainda observa que a complexidade do sistema estadunidense é mais profunda do que a verificação do amplo sistema judicial. Aponta cada estado da federação possuir uma legislação própria e, consequencialmente, sistema judicial específico. A interpretação de direito estadual perante tribunais federais e vice-versa poderá ser diferente de acordo com o local onde se está realizando o exame.¹⁷³

A aplicação da doutrina do *stare decisis*, quanto a regra do *binding precedent*, se mostra mais flexível do que ocorria no ordenamento jurídico inglês. A revisão dos precedentes, pela Suprema Corte ou pelos tribunais superiores, foi melhor recepcionada e utilizada nos casos em que se verificava o manifesto equívoco ou superação.¹⁷⁴

Apesar de se tratarem de mecanismos distintos nos mais diversos elementos, os apontamentos realizados demonstram a existências de pontos em comum. A similaridade pode ser observada desde a sua origem até aos objetivos propostos para sua aplicação e formação.

Como se verá no capítulo seguinte, estes pontos de encontro e formação também podem ser observados no ordenamento jurídico brasileiro. A influência de outros ordenamentos jurídicos propiciou ambiente com pluralidade de institutos. Ainda que se observe as suas dissonâncias, teremos a aplicabilidade.

¹⁷² ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 339.

¹⁷³ FINE, *O uso do precedente e o papel do princípio do Stare Decisis no sistema legal norte-americano...*, 2000.

¹⁷⁴ TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 167.

2 E EM NOSSA TERRA... O CAMINHO PERCORRIDO PARA A INTRODUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo nos preocuparemos em verificar o desenvolvimento do controle de constitucionalidade e dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. Desde o período colonial o Direito vem sendo desenvolvido no Brasil, com influência direta do ordenamento jurídico português, do sistema *civil law*.

O sistema *common law* influenciou o nosso ordenamento jurídico, como podemos observar da elaboração e desenvolvimento da primeira Constituição, em 1891. Este intercâmbio entre sistemas e hibridação de institutos podem ser visualizadas especialmente na introdução dos precedentes vinculantes.

Apesar de pontos de resistência, houve a normatização do sistema de precedentes judiciais vinculantes. Sua introdução não remete essencialmente ao Código de Processo Civil, sendo uma construção histórica, como se passará a delinear.

2.1 A ESTRADA PERCORRIDA PARA A FORMAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O contexto histórico no Brasil merece destaque por sua singularidade. Houve a conjugação de modelos, no caso o controle abstrato e o concreto de constitucionalidade, que em outros ordenamentos jurídicos se apresentam singularmente. Essa absorção se deu de maneira paulatina, como se demonstrará no presente capítulo.

A Constituição de 1824 não previa modalidades de controle judicial de constitucionalidade, muito embora já construída a noção de que ela teria uma função limitadora em relação ao Estado. No entanto, ainda não estava estabelecida a ideia de que estaria acima das demais leis.¹⁷⁵

Cabia à Assembleia Geral a atividade de elaboração, interpretação, suspensão e revogação de leis.¹⁷⁶⁻¹⁷⁷ Ao mesmo tempo estava proibida qualquer forma de interpretação

¹⁷⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁷⁶ Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral [...] VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e revogal-as. (NOGUEIRA, Octaciano. *1824: Coleção Constituições brasileiras*, vol. 1. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 67).

¹⁷⁷ "Só o poder que faz a lei é o unico competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatoria o pensamento o preceito della. Só elle e exclusivamente elle é quem tem o direito de interpretar o seu proprio acto, suas proprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o

judicial sobre a constitucionalidade de lei ou atos. Podemos afirmar, portanto, que naquele momento histórico não havia em nosso ordenamento qualquer sistema que se assemelhasse aos controles atualmente previstos.

Nos casos em que a sanção de projeto de lei fosse recusada, o modelo de controle existente solicitava a verificação por ofensa à Constituição do ato por Presidente da Província; diante de sua não concordância se encaminharia o projeto de lei vetado ao governo geral e à Assembleia Geral para decidir sobre a questão constitucional; e, também, através da verificação de inconstitucionalidade de lei provincial já sancionada e publicada, podendo a Assembleia Geral cassá-la.¹⁷⁸

Nos casos em que o juiz possuísse qualquer dúvida sobre a aplicação de determinada lei deveria recorrer a uma Comissão Legislativa. Caberia àquele a aplicação restrita da lei, estando negado qualquer poder para pronunciamento além do explicitado no texto normativo.¹⁷⁹ Não se abria margem para a adoção dos modelos judiciais de controle de constitucionalidade.

A Constituição Provisória de 1890, em seu artigo 58, § 1º, previu a verificação da constitucionalidade de leis e atos do poder público pelo Poder Judiciário.¹⁸⁰ Desta forma, a influência do constitucionalismo dos Estados Unidos da América seria traço marcante nas disposições da Constituição de 1891. Coube a atuação de personalidades, como a de Rui Barbosa, a inserção destas características.

direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse”. (PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro, Typographia imp. e const. de J. Villeneuve e C., 1857, p. 69-70. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>. Acesso em: 15/09/2022).

¹⁷⁸ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Elementos para uma compreensão histórica do controle da constitucionalidade no Brasil. In: *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 120, Fev./Maio 2018, p. 100. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1497/1232>. Acesso em: 26/06/2023.

¹⁷⁹ “Assim, deu-se ao Legislativo o poder de editar a lei, interpretá-la, suspendê-la e revogá-la, nos moldes dos valores que inspiraram a Revolução Francesa e a Lei Revolucionária de 1790, que, proibindo a interpretação judicial da lei, exigiu que o juiz, diante de dúvida, recorresse a uma Comissão Legislativa. A Constituição de 1824 revestia-se de idêntica proteção do legislador – que, em verdade, era colocada em posição de supremacia -, afirmando expressamente eu a função de interpretar a lei era do próprio legislativo”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018).

¹⁸⁰ SILVA, Evaldo de Souza da. *O novo cenário do controle difuso de normas no Brasil: Prevalência dos precedentes, controle de sentenças e atos normativos e obsolescência da atuação do Senado Federal*. Tese (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, 2011, p. 49. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/632>. Acesso em: 26/06/2023.

A partir da inauguração da República em terras brasileiras temos o início do regime federativo. Além disso, extinguiu-se o Poder Moderador, apresentou-se o Poder Executivo, sob a forma do presidencialismo, e o Poder Judiciário fortalecido.¹⁸¹⁻¹⁸²

No tocante ao controle de constitucionalidade, houve o abandono do controle exclusivamente político. Outorgou-se competência ao Poder Judiciário para a análise da inconstitucionalidade de leis.¹⁸³⁻¹⁸⁴

O controle não foi adotado sem percalços, pois os juízes da época se negaram a exercê-lo, ainda enraizados no regime anterior. Foi necessária a edição da Lei n. 221, de 20/11/1894. O artigo 13, § 10, atribuiu a competência a juízes e tribunais de analisar a validade das leis e regulamentos, bem como de afastar sua aplicação nos casos em que manifestamente incompatíveis com a Constituição.¹⁸⁵

Através das atribuições previstas na Constituição e na Lei n. 221/1894 se determina a introdução do modelo de controle judicial e difuso de constitucionalidade. Destaca-se que o questionamento da inconstitucionalidade somente seria possível diante da análise de um caso concreto, por provocação de um dos envolvidos, não se podendo falar de controle abstrato.¹⁸⁶

Houve ampliação da competência recursal do STF, por meio de emenda constitucional em meados de 1926. Possibilitou-se a proposição de recurso a sentença estadual de última instância que, por julgar incompatível com a Constituição, negasse a aplicação de lei federal. Por meio desta mudança privilegiou-se o papel da Justiça Estadual.¹⁸⁷

¹⁸¹ SARLET, MARINONI e MITIDIERO, *Curso de direito constitucional...*, 2018.

¹⁸² A partir dessas introduções se abriu a possibilidade do controle de constitucionalidade por via difusa, assim afirma Paulo Bonavides: “A via de exceção, enquanto via judiciária que é, penetra o nosso ordenamento jurídico graças ao sistema republicano e federativo pela Constituição de 1891. A Justiça da União e as justiças dos Estados foram reconhecidas de todo competentes para recusar aplicabilidade a atos inconstitucionais assim do Executivo como do Legislativo”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 326).

¹⁸³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 23.

¹⁸⁴ Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella; b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas. (BALEEIRO, Aliomar. *1891: Coleção Constituições brasileiras*, vol. 2. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 78).

¹⁸⁵ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 222.

¹⁸⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46.

¹⁸⁷ LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle da constitucionalidade. In: Martins, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos. (coord.). *Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 560.

O contexto histórico da Constituição de 1934¹⁸⁸ traz dois aspectos de influência na sua construção: o binômio “justiça e representação”. Estas duas palavras representavam e demonstravam o impacto da Revolução de 1930 e a necessidade da constitucionalização do Brasil, requisitado pelo movimento ocorrido em São Paulo,¹⁸⁹ suprimida pelas armas. Foram introduzidas alterações no sistema de controle e fiscalização das leis, inovando ou reforçando mecanismos à atuação do Poder Judiciário. Entre elas temos a apresentação da “cláusula de reserva de plenário”, por meio da qual é necessária a maioria absoluta dos membros de um Tribunal do Poder Judiciário com competência para declarar inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.¹⁹⁰⁻¹⁹¹

A previsão da Ação Direta Interventiva, determinada pelo artigo 12, § 2º, é outra importante inovação.¹⁹² Permitia-se ao Procurador-Geral da República ajuizá-la, perante a Corte Suprema, de modo a assegurar a observância de princípios constitucionais sensíveis.¹⁹³

De outro lado, o artigo 91, IV, concedeu ao Senado Federal a capacidade de “[...] suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionaes pelo Poder Judiciario”.¹⁹⁴ A ideia era a de empréstimo do efeito *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade, baseada no direito comparado.¹⁹⁵

¹⁸⁸ Gilmar Ferreira Mendes apresenta interessante apontamento histórico a respeito desta carta constitucional: “[...] vale mencionar a proposta de instituição de uma Corte Constitucional formulada na Constituinte de 1934 pelo deputado federal fluminense Nilo Alvarenga. Aqui parece inequívoca a influência direta do modelo de jurisdição constitucional defendido por Kelsen, tal como exposto na Conferência de 1928.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. In: *Revista de informação legislativa*, Brasília, vol. 31, n. 121, Jan./Mar. 1994, p. 186. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176231>. Acesso em: 24/10/2022).

¹⁸⁹ POLETTI, Ronaldo. *1934: Coleção Constituições brasileiras*, vol. 3. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 11.

¹⁹⁰ PAULO e ALEXANDRINO, *Controle de constitucionalidade...*, 2008, p. 23.

¹⁹¹ Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunales declarar a inconstitucionalidade de lei ou de acto do poder publico. (POLETTI, Ronaldo. *1934: Coleção Constituições brasileiras*, vol. 3. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 146).

¹⁹² Art. 12. A União não intervirá em negocios peculiares aos Estados, salvo: [...] § Occorrendo o primeiro caso de n. V a intervenção só se effectuará depois que a Côrte Suprema, mediante provocação do Procurador Geral da Republica, tomar conhecimento da lei que a tenha decretador a lhe declarar a constitucionalidade. (POLETTI, Ronaldo. *1934: Coleção Constituições brasileiras*, vol. 3. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 100).

¹⁹³ NUNES JÚNIOR, *Curso de direito constitucional...*, 2019.

¹⁹⁴ POLETTI, *1934...*, 2012, p. 123.

¹⁹⁵ “A fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade. É possível, porém, que, inspirado no direito comparado, tenha o constituinte conferido ao Senado um poder excessivo, que acabaria por convolar solução em problema, com a cisão de competências entre o Supremo Tribunal e o Senado. É certo, por outro lado, que, coerente com o espírito da época, a intervenção do Senado limitava-se à declaração de inconstitucionalidade, não se conferindo eficácia ampliada à declaração de constitucionalidade”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47-48).

No entanto, aquela carta constitucional não teve longa vigência. Logo após a ditadura de Getúlio Vargas se instalou, negando diversas garantias e liberdades individuais, concentrando a autoridade no Executivo e enfraquecendo os Poderes Legislativos e Judiciário.¹⁹⁶

A Constituição outorgada em 1937 acabou por ser uma formalização da situação do poder político que estava no poder. Sua utilidade principal era a de legitimar o golpe e a perpetuação da ditadura. Ao passo que não era obedecida pelo governo autoritário.¹⁹⁷

No exame dos aspectos do controle de constitucionalidade, houve a repetição quanto ao modelo difuso e a regra da necessidade de maioria absoluta dos membros dos tribunais para a decretação de inconstitucionalidade.¹⁹⁸ Todavia, houve um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade: a previsão do parágrafo único do artigo 96.¹⁹⁹

O Presidente da República tinha a capacidade de exigir das Câmaras Legislativas espécie de controle político de constitucionalidade, mesmo que já declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. A Constituição fundamentava tal possibilidade no bem-estar do povo ou no interesse nacional, porém era calcada por um juízo de conveniência e oportunidade.

Ao fim da Era Vargas houve a promulgação da Constituição de 1946 e pontos excluídos retornaram. Restaurava-se assim a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. Não haveria a influência dos Poderes Executivo e Legislativo no controle de constitucionalidade, a subsistência da cláusula de reserva de plenário²⁰⁰ e a suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal.²⁰¹

Introduzida pela Constituição de 1934, a representação interventiva foi modificada em alguns aspectos. O primeiro deles é a necessidade de manifestação prévia do Supremo

¹⁹⁶ SARLET, MARINONI e MITIDIERO, *Curso de direito constitucional...*, 2018.

¹⁹⁷ LAMY, *Sistema brasileiro de controle da constitucionalidade...*, 2005, p. 562.

¹⁹⁸ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 224.

¹⁹⁹ Art. 96. [...] Paragrapho unico. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juizo do Presidente da Republica, seja necessaria ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da Republica submettel-a novamente ao exame do Parlamento; si este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Camaras, ficará sem effeito a decisão do Tribunal. (PORTO, Walter Costa. 1937: Coleção Constituições brasileiras, vol. 4. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 76).

²⁰⁰ Art. 200. Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público. (BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. 1946: Coleção Constituições brasileiras, vol. 2. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 93).

²⁰¹ Art. 64. Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. (BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. 1946: Coleção Constituições brasileiras, vol. 2. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 63).

Tribunal Federal para a decretação de intervenção. Outra mudança foi a indicação de que o legitimado para a representação ser do Procurador-Geral da República.²⁰²⁻²⁰³

A Emenda Constitucional n. 16/1965 trouxe consigo uma grande inovação à época para o sistema de controle de constitucionalidade, apesar de seu foco principal ser a realização de uma reforma tributária. Possibilitava-se a realização do controle abstrato de normas por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica.²⁰⁴

Concedeu-se competência ao Supremo Tribunal Federal, originariamente, para o processamento de julgamento da ação. A representação seria face a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República, nos termos do artigo 101, I, “k”.²⁰⁵

O modelo de controle poderia ter sido ainda mais revolucionário. No projeto de alteração da Constituição, no artigo 64, se atribuía a eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, esta proposta restou rejeitada.²⁰⁶

Observando as mudanças apresentadas, é possível se compreender a intenção do legislador. Instituíam-se um modo de controle com foco na análise da norma em tese e de responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, nos casos em que fosse conveniente para o Poder Executivo.²⁰⁷

Havia a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais. A Emenda permitia ao Congresso Nacional elaborar normas que autorizassem aos Tribunais de Justiça a declaração de inconstitucionalidade sobre lei

²⁰² PAULO e ALEXANDRINO, *Controle de constitucionalidade...*, 2008, p. 25.

²⁰³ Luiz Guilherme Marinoni apresenta a justificativa de tais mudanças: “Revela notar, porém, que esta via não surgiu para permitir o controle abstrato das normas, com eficácia *erga omnes*, mas para dar à União representada pelo Procurador-Geral da República, o poder de ver resolvido conflito em face de ente federativo, acusado de violação de dever imposto pela Constituição”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018).

²⁰⁴ Destaca Marcelo Casseb Continentino a justificativa para a adoção do controle concentrado de constitucionalidade naquele momento histórico: “No Brasil, entretanto, a lógica do controle abstrato, a pretexto do argumento pragmático e da otimização da administração da justiça e de sua celeridade, vinha ao encontro dos propósitos autoritários de centralização e representava a continuidade das reformas constitucionais (a primeira teria ocorrido com o Ato Institucional n. 2), de modo que, na prática, ele apoiava e reforçava o novo regime político em afirmação, integrando o Supremo Tribunal Federal à lógica decisória do governo central federal”. (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Elementos para uma compreensão histórica do controle da constitucionalidade no Brasil. In: *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 120, Fev./Maio 2018, p. 107. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1497/1232>. Acesso em: 26/06/2023).

²⁰⁵ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 225.

²⁰⁶ MARTINS e MENDES, *Controle concentrado de constitucionalidade...*, 2009, p. 62.

²⁰⁷ FERREIRA FILHO, *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade...*, 2000.

municipal se estivessem confrontando e desrespeitando a Constituição do respectivo Estado.²⁰⁸

A Constituição de 1967 e a Emenda n. 1 de 1969 reafirmavam o controle de constitucionalidade difuso e a ação direta, em controle abstrato, para a verificação de normas federais e estaduais.²⁰⁹ Não houve grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade, apesar disso o modelo misto acabou por ser estabelecido originariamente.

Entre as alterações ocorridas durante este novo período de Ditadura Militar destaca-se a prevista na Emenda n. 7/1977.²¹⁰ Durante a vigência da Emenda n. 1/1969, o STF necessariamente submetia suas decisões de inconstitucionalidade ao Senado Federal. Este teria a capacidade de determinar a suspensão da execução da lei.

Compreendia-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal, seja em sede de controle difuso ou abstrato, não possuíam eficácia *erga omnes*. No entanto, o Senado Federal não teria a obrigação de determinar a suspensão da execução da lei, atuando somente quanto entendesse conveniente.²¹¹ Ocorre que esse entendimento tinha, em verdade, capacidade de gerar grandes prejuízos.

Reconheceu-se a competência do Supremo Tribunal Federal em analisar e conceder liminares em representações de inconstitucionalidade.²¹² A partir desta compreensão, se observou que a comunicação ao Senado Federal consistiria em fator desnecessário.²¹³

²⁰⁸ SILVA, *O novo cenário do controle difuso de normas no Brasil...*, 2011, p. 63.

²⁰⁹ Quanto a iniciativa do controle de constitucionalidade em abstrato, Gilmar Ferreira Mendes afirma: "Poucos sabem que a possibilidade de se outorgar a órgão do Ministério Público a iniciativa do controle de constitucionalidade *in abstracto*, positivada no direito constitucional brasileiro em 1965 (Emenda Constitucional n.º 16, de 1965; Constituição de 1967/69, art. 119, I, I), já havia sido contemplada por Kelsen nas suas meditações sobre o chamado *processo constitucional*". (MENDES, Gilmar Ferreira. Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. In: *Revista de informação legislativa*, Brasília, vol. 31, n. 121, Jan./Mar. 1994, p. 185. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176231>. Acesso em: 24/10/2022).

²¹⁰ Em linhas gerais, Marcelo Lamy apresenta as mudanças promovidas pela emenda constitucional: "A Emenda Constitucional n. 7, de 13.04.1977, por outro lado, trouxe diversas novidades ao sistema: a) estabeleceu que os tribunais de justiça com número superior a 25 desembargadores deveriam constituir órgão especial para exercer atribuições do pleno e, conseqüentemente, permitiu que a declaração de inconstitucionalidade incidental pudesse ser determinada também pelo órgão especial (reserva do plenário tornou-se reserva do especial); b) criou a representação para interpretação de lei ou ato normativo; c) criou a advocatória; e, d) criou a medida cautelar nas representações, no controle abstrato". (LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle da constitucionalidade. In: Martins, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos. (coord.). *Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 564-565).

²¹¹ SARLET, MARINONI e MITIDIERO, *Curso de direito constitucional...*, 2018.

²¹² MARTINS e MENDES, *Controle concentrado de constitucionalidade...*, 2009, p. 67-68.

²¹³ O Ministro Moreira Alves, em sede da Representação n. 1.016-3, proferiu a seguinte compreensão, seguido de unanimemente: "Para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, que só passa em julgado para as partes em litígio (consequência estritamente jurídica), e que só tem eficácia *erga omnes* se o Senado Federal houver por

Por meio das modificações introduzidas, podemos verificar que o Brasil evoluiu ao ponto de adotar o sistema misto de controle de constitucionalidade. O ordenamento jurídico permitia o questionamento de leis ou atos normativos inconstitucionais por via incidental de um processo, de acordo com o modelo difuso, ou por meio de uma ação direta, observado o modelo concentrado.

A Constituição de 1988 ampliou os mecanismos que podem ser utilizados para a proteção judicial, especialmente para o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos. A omissão teve um tratamento relevante por terem sido instituídos os processos de mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.²¹⁴

Posteriormente a promulgação da carta constitucional, a ação declaratória de constitucionalidade foi apresentada, através da Emenda Constitucional n. 3/1993. Por meio desta foi permitido ao Supremo Tribunal Federal a declaração de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal.²¹⁵

Diante das modificações o campo de competência do controle concentrado aumentou substancialmente, em relação ao campo do controle difuso. No entanto, subsistiram matérias residuais que não poderiam ser analisadas em ações de controle concentrado.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no artigo 102, § 1º, da CF/88, foi determinado como o mecanismo a tratar das discussões sobre o espaço residual e seu tratamento, de modo a sanar essas importantes lacunas.²¹⁶

bem (decisão de conveniência política) suspendê-la no todo ou em parte. Já o mesmo não ocorre com referência à declaração de inconstitucionalidade obtida em representação, a qual passa em julgado *erga omnes*, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera *ex tunc*), independentemente da atuação do Senado, por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo de seu desencadeamento se fez *a priori*, e que se impõe, quaisquer que sejam as consequências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação de inconstitucionalidade n. 1.016-3*. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Assembleia Legislativa e Governador do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 20.09.1979. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263791>. Acesso em: 19/09/2022).

²¹⁴ Art. 5º. [...] LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27/07/2023).

²¹⁵ PAULO e ALEXANDRINO, Controle de constitucionalidade..., 2008, p. 27.

²¹⁶ “[...] interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controversia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal [...]”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104).

Em 1999 foram promulgadas leis de modo a melhor regulamentar o processamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade. A Lei n. 9.868 foi a responsável pelo processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade; ao passo que coube a Lei n. 9.882 regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental.²¹⁷

2.2 HAVIA PRECEDENTES JUDICIAIS ANTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015?

Através do recorte histórico utilizado para a introdução do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro podemos efetuar a verificação de elementos de incorporação dos precedentes judiciais. Apesar de estar explicitamente tratado no Código de Processo Civil de 2015, já podemos observar alguns movimentos que favorecem a sua introdução.

O caráter vinculante das decisões é um efeito que pode ser identificado em antecedentes históricos remotos. Uma vez tendo sido colonizado por Portugal, o Brasil estava submetido a sua disciplina jurídica.²¹⁸ Vigorou as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1456; substituídas pelas Ordenações Manuelinas em 1514; seguidas pelas Ordenações Filipinas em 1603, nestas a fonte do direito residia nas leis do reino e nos “estilos da Corte”.²¹⁹⁻²²⁰

Os assentos se caracterizaram através da existência de dúvida entre os desembargadores da Casa de Suplicação. Remetia-se o caso ao tribunal pleno com o fim de se fornecer uma interpretação. Após registrava-se em livro passando a ter força similar à da lei interpretada e irradiando força vinculativa aos casos posteriores.²²¹

²¹⁷ LAMY, *Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade...*, 2005, p. 568.

²¹⁸ THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR., Clóvis Smith. *Precedentes Judiciais*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598469/>. Acesso em: 15/06/2023.

²¹⁹ ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 922, Ago. 2012, p. 343-384.

²²⁰ Quanto a conceituação dos estilos da corte temos a definição de Marcus Seixas Souza: “O *stylus curiae* (estilo da corte) é outro instituto que demonstra a relevância dos precedentes judiciais na prática jurídica do Direito português do Antigo Regime. Correspondendo a necessidades de organização interna dos tribunais e de definição de regras processuais omissas na legislação, o *ius commune* admitiu a figura dos estilos da corte, os quais exprimem uma continuidade decisória num tribunal superior ao qual a doutrina e a própria praxe atribuem força vinculativa”. (SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes judiciais e os assentos da causa da suplicação em Portugal: Eficácia, vinculatividade e publicação. In: *Revista de Processo*, vol. 268, Jun. 2017, p. 533-566).

²²¹ ASSIS, Araken de. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade. In: *Revista de Direito Processual Civil*, Jundiaí, v. 2, n. 1, Jan./Jun. 2020, p. 6-24. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireiroProcivil/article/view/1777/1572>. Acesso em: 30/06/2023.

De toda maneira, na prática funcionavam como meio de uniformização de questões discutidas nos auditórios portugueses, apesar de terem sido concebidos como mecanismos de interpretação da lei.²²²

Em meados do século XVIII, entrou em vigor a Lei da Boa Razão definindo restringindo a expansão de práticas locais de direito jurisprudencial e consuetudinário. Indo além definia regras para interpretação e aplicação das leis, nos casos de omissão, imprecisão ou lacuna.²²³

Apesar da criação de instâncias superiores de justiça durante o período colonial, elas funcionaram efetivamente como meio de controle de Portugal sobre o Brasil Colônia. Esta conclusão pode ser feita a partir da inexistência da criação de assentos nestas terras, ainda que houvesse autorização especial para a Casa de Suplicação do Brasil.²²⁴

A Constituição de 1824, que perdurou por um período altamente turbulento em nossa história, elaborou o Poder Judiciário de forma deficitária, especialmente por sua falta de independência. A utilização dos assentos era dada à Casa de Suplicação, cabendo a unificação da jurisprudência. O Supremo Tribunal de Justiça não possuía esta prerrogativa quando de sua criação, sendo concedida em 1875, através do Decreto n. 2.684.²²⁵

Diante de tantas limitações colocadas para a atuação do Poder Judiciário, estava rejeitada a ideia de conferir vinculatividade as decisões do Supremo Tribunal de Justiça. Nas palavras de José Antônio Pimenta Bueno, seria “[...] confiar-lhe uma delegação legislativa e ilimitada, pois que nem ao menos seria possível prever quaes os assumptos sobre que a exercia, nem o modo por que os regularia”.²²⁶

A promulgação da Constituição de 1891 foi amplamente inspirada e influenciada por ideais advindas dos Estados Unidos da América, do sistema *common law*, como se verifica pela adoção do federalismo e presidencialismo, de responsabilidade de Rui

²²² SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes judiciais e os assentos da causa da suplicação em Portugal: Eficácia, vinculatividade e publicação. In: *Revista de Processo*, vol. 268, Jun. 2017, p. 533-566.

²²³ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 23; SOUZA, *Os precedentes judiciais e os assentos da causa da suplicação em Portugal...*, 2017.

²²⁴ ASSIS, *Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade...*, 2020.

²²⁵ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 30.

²²⁶ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro, Typographia imp. e const. de J. Villeneuve e C., 1857, p. 378. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>. Acesso em: 15/09/2022.

Barbosa.²²⁷ Ao mesmo tempo, conservou aspectos provenientes de sua herança jurídica de Portugal, integrante do sistema *civil law*.²²⁸

Através da admissão da técnica do *judicial review*, a inauguração do controle difuso de constitucionalidade é uma das demonstrações da marca estadunidense na Constituição. Além disso, essa técnica solicita grau de vinculatividade das decisões, de modo a impossibilitar que juiz de instâncias inferiores desrespeitassem a autoridade exercida pelo tribunal superior.²²⁹

Apesar da clara inspiração no *judicial review*, a doutrina do *stare decisis* não foi incorporada.²³⁰ Como se apresentou, a jurisprudência teve seu papel de relevância, pois “[...] a doutrina passou a concordar que o respeito aos precedentes judiciais se dava após a formação de uma jurisprudência constante”.²³¹

Procurando compensar essa deficiência, foi criado o mecanismo do *prejulgado*, a realizar a uniformização e interpretação do direito. Vigorando no então Distrito Federal, o Decreto n. 16.273 de 20 de dezembro de 1923 permitia a submissão a Corte de Apelação, por todos os integrantes reunidos em plenário, questões jurídicas controvertidas.²³²

As Revoluções de 1930 e 1932 deram ensejo aos movimentos que ocasionaram o fim da República Velha e a derrubada do Governo Provisório de Getúlio Vargas.²³³ O presente trabalho não realizará a análise de questões políticas que envolvem o contexto histórico, por não ser objeto.

A Constituição de 1934 buscou mitigar os problemas da não adoção da doutrina do *stare decisis* pela Constituição anterior. Assim, conferiu a competência ao Senado para conferir

²²⁷ GAIO JÚNIOR, Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais..., 2016.

²²⁸ DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. In: **Revista de Processo Comparado**, vol. 2, Jul./Dez. 2015, p. 99-120.

²²⁹ CUNHA, Precedentes e decisões (potencialmente) vinculantes..., 2020, p. 132-133. Neste sentido temos a contribuição de Hermes Zaneti Jr.: “[...] em um país com controle difuso de constitucionalidade, para que os tribunais cumpram sua função institucional de aplicar a constituição, é necessário adotar um sistema de precedentes através da regra do *stare decisis* (que inclui a vinculação argumentativa do próprio tribunal que exarou o precedente”. (ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 317).

²³⁰ A não incorporação acabou por enfraquecer o instituto constatada pelos seguintes pontos: “(i) na proliferação de divergências jurisprudenciais a respeito da (in)constitucionalidade de uma mesma norma; (ii) na multiplicidade de demandas idênticas, envolvendo a mesma questão constitucional, e (iii) na manutenção da vigência da norma inconstitucional (on the books), já que a desaplicação gerava efeitos apenas inter partes”. (THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR., Clóvis Smith. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598469/>. Acesso em: 15/06/2023).

²³¹ DIDIER JR. e SOUZA, O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro..., 2015.

²³² TUCCI, Precedente judicial como fonte do direito..., 2004, p. 237.

²³³ ANDREASSA JUNIOR, Precedentes judiciais e colegialidade..., 2021, p. 40.

eficácia *erga omnes* à decisão proferida em controle difuso e a adoção da cláusula de reserva de plenário.²³⁴

Desta forma, uma nova conclusão pode ser feita: em mais uma oportunidade não foi concedido ao Poder Judiciário a competência para proferir precedentes vinculantes. O Poder Legislativo hesitou a ofertar a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões.²³⁵

A partir da edição da Lei n. 319 de 25 de novembro de 1936 os prejulgados ganharam novo tratamento. Sob a denominação de recurso de revista passou a vigorar em todo o território do país. Viabilizou-se a proposição de recurso ao Plenário da Corte de Apelação em situações nas quais as decisões de câmaras contrariassem um prejulgado.²³⁶

Através de um golpe de Estado, Getúlio Vargas assumiu novamente o poder e instituiu o chamado Estado Novo, com a outorga da Constituição de 1937. O Poder Judiciário teve mitigações em diversas esferas, diante da concentração de poderes no Presidente.²³⁷

Como relatado no item anterior, apesar de haver a manutenção do controle judicial de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal teve sua competência mitigada. A inconstitucionalidade decretada pelo Tribunal poderia ser reavaliada pelo parlamento a pedido do Presidente da República, caso confrontasse “interesses nacionais”, tendo a capacidade de tornar ineficaz a decisão.

Durante a vigência desta Constituição fora promulgado o Código de Processo Civil de 1939, rompendo-se com parte das tradições do processo lusitano. O prejulgado fora conservado, através do artigo 861, com o objetivo de uniformizar a jurisprudência dos tribunais. Entretanto, não foi concedido efeito vinculante, visto que não previu interposição de recurso face a decisões que contrariassem a decisão do tribunal pleno.²³⁸

A Consolidação das Leis do Trabalho trouxe o mecanismo do prejulgado trabalhista, como resultado de decisão em abstrato a respeito de matéria polêmica. Determinava-se o entendimento a ser respeitado pelos demais órgãos vinculados, por espécie de efeito vinculante. Sendo revogado este mecanismo pela Lei n. 7.033/1982.²³⁹

A queda do Estado Novo se transfigura pela promulgação da Constituição de 1946, com a retomada da democracia, a manutenção da república e a restauração de preceitos constitucionais que foram extirpados pela Constituição anterior. Além da criação de

²³⁴ THAMAY, GARCIA JUNIOR e FROTA JR., *Precedentes Judiciais...*, 2021.

²³⁵ DIDIER JR. e SOUZA, *O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro...*, 2015.

²³⁶ CUNHA, *Precedentes e decisões (potencialmente) vinculantes...*, 2020, p. 133; TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 238.

²³⁷ ANDREASSA JÚNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 44.

²³⁸ TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 243.

²³⁹ GORGA, *O uso dos precedentes vinculantes no ordenamento brasileiro e sua relação com o direito comparado...*, 2017; TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 239-240.

justiças especializadas, o Supremo Tribunal Federal restaurou a sua competência jurisdicional sobre os atos de autoridade, independente do poder e da hierarquia.²⁴⁰

A inafastabilidade jurisdicional foi positivada nesta Constituição, através da determinação de que por meio de lei não poderia o Poder Judiciário se afastar da apreciação de qualquer lesão de direito individual. Ainda que tal compreensão pudesse ser verificada do entendimento sistemático de normas anteriores, a previsão explícita estava ocorrendo pela primeira vez.²⁴¹

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as “súmulas de jurisprudência dominante” foram inseridas pouco antes do início da ditadura militar, em 1963. Por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal entrou em vigor em 1964 com a aprovação de 370 ementas.²⁴²

O Ministro explicou a funcionalidade das súmulas: “É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da Justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a *Súmula* regula o procedimento pelo qual pode ser modificada”.²⁴³ No entanto, A discussão sobre o endurecimento do direito se perpetuava, com a ideia de impedir a análise de condições emergentes.

Novamente a eficácia vinculativa não estava atribuída. As súmulas predominantes correspondiam a uma fonte de orientação que conduzia a compreensão dos magistrados. A referência a súmula não afastava a necessidade de fundamentação, sendo elemento importante para a verificação da correta aplicação da norma jurídica ao caso concreto.²⁴⁴

O instrumento assim se situou equidistante dos assentos da Casa de Suplicação e dos prejudgados. Diante da apresentação dos argumentos, o trabalho ativo dos advogados e

²⁴⁰ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 67. Caroline Sampaio de Almeida, a respeito da uniformização de jurisprudência, faz os seguintes apontamentos: “A tentativa de reintroduzir o referido mecanismo de uniformização da jurisprudência vem desde o Projeto de Constituição encaminhado à Constituinte de 1946 e Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas de 1963, ambos do jurista Haroldo Valadão. Este último, em particular, pretendia conferir efeito vinculante às decisões da Corte Maior, que deveriam ser observadas pelos demais tribunais. Em nenhuma das oportunidades o jurista logrou êxito diante da consolidada ideia de que a vinculação das instâncias inferiores às decisões superiores comprometeria a livre convicção dos juízes e redundaria no engessamento do direito”. (ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 922, Ago. 2012, p. 343-384).

²⁴¹ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 68.

²⁴² LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 145, Jul./Set. 1981, p. 1. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387/42051>. Acesso em: 05/07/2023.

²⁴³ LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 78, 1964, p. 458. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26723/25591>. Acesso em: 07/07/2023.

²⁴⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. In: *Revista de informação Legislativa*, vol. 34, n. 33, Jan./Mar. 1997, p. 54-55. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/193>. Acesso em: 05/07/2023.

dos juízes trabalhariam no sentido de que as súmulas extinguissem a loteria judiciária, que já era um problema à época.²⁴⁵

Nova ruptura democrática se apresenta por um golpe militar que encerrava o governo do presidente João Goulart. De modo a legitimar e dar continuidade as ações dos militares, visto que a Constituição de 1946 vigorou até 1969, foram expedidos Atos Institucionais, acompanhados de Atos Complementares.²⁴⁶

Mitigou-se a vinculação da matriz constitucional estadunidense, verificada pelo controle difuso de constitucionalidade, a partir de 1965. Por meio da Emenda Constitucional n. 16 se permitiu o controle constitucional concentrado e abstrato no ordenamento brasileiro.²⁴⁷

O Código de Processo Civil de 1973 tentou buscar novos contornos a um procedimento de uniformização de jurisprudência perante o Supremo Tribunal Federal. Alfredo Buzaid apresentou o retorno dos assentos, com vinculação obrigatória. A proposta restou rejeitada diante da compreensão que se colidiria com o princípio da separação de poderes.²⁴⁸

Restou prevista nos artigos 476 a 479 a uniformização da jurisprudência, com o objetivo de suscitar o pronunciamento de tribunal superior a respeito de interpretação sobre tese ou norma jurídica em discussão. Sendo reconhecida a divergência e tendo a decisão por maioria absoluta dos membros passaria a constituir súmula de uniformização de jurisprudência.²⁴⁹

O rompimento com o regime ditatorial se deu através da promulgação da Constituição de 1988. A partir dela o ordenamento brasileiro se movimentava para introduzir um novo momento do direito processual civil e nova proposta de organização judiciária.²⁵⁰

O papel de conduzir e conferir efeito uniformizador e vinculante a jurisprudência passou para o Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça nos exames dos casos constitucionais e infraconstitucionais, respectivamente. Ainda foi concedido ao STF a

²⁴⁵ TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 243-244.

²⁴⁶ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 51.

²⁴⁷ THAMAY, GARCIA JUNIOR e FROTA JR., *Precedentes Judiciais...*, 2021.

²⁴⁸ ROCHA, 1997, p. 55; ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 57.

²⁴⁹ TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 259. Araken de Assis comenta sobre a vinculatividade dessa decisão: “[...] na opinião prevalecente, a norma vincularia o órgão julgador da espécie; porém, relativamente aos casos futuros, era imperativa só para o órgão uniformizador, ‘ressalvado sempre o seu poder de revogá-la, implícita, ou tacitamente, desde que observado o procedimento de sua criação’. O sistema não convidava à uniformização da interpretação das leis federais, pois a última palavra sobre tal matéria era do STF e, após sua criação, do STJ, motivo bastante para relutância inicial transforma-se em inércia e tornar o incidente pouco usual”. (ASSIS, Araken de. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade. In: *Revista de Direito Processual Civil*, Jundiaí, v. 2, n. 1, Jan./Jun. 2020, p. 6-24. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireiroProcivil/article/view/1777/1572>. Acesso em: 30/06/2023).

²⁵⁰ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 58.

análise a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas, através de ação direta.²⁵¹

Através da Emenda Constitucional n. 3 de 1993 entrou em vigor a Ação Declaratória de Constitucionalidade, de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Concedeu-se a sua decisão eficácia contra todos e efeito vinculante, para o Poder Judiciário e ao Poder Executivo.²⁵²

Esse efeito não constava originariamente da Carta Constitucional, pois não existia nenhuma norma legal ou constitucional regulatória dos efeitos derivados das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Apesar de haver entendimento no sentido de que a decisão produziria efeitos *erga omnes*, era necessário fortalecer a indiscutibilidade e estabilidade da decisão transitada em julgado.²⁵³

A Lei n. 9.868 ficou responsável pela regulamentação do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Ampliou-se a eficácia vinculante da decisão nestas ações, abrindo mais espaço para a introdução de precedentes judiciais com força vinculante.

Posteriormente, a Lei n. 9882 organizou o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Suas decisões também possuem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.²⁵⁴

Dando novos passos na história temos a inserção do instituto das súmulas vinculantes. Determinou-se a equivalência das decisões oriundas do controle concentrado de constitucionalidade e acrescentando o requisito da repercussão geral no recurso extraordinário, através da Emenda Constitucional n. 45 de 2004.²⁵⁵

Diante de uma crise estimulada pelo número de processos existentes e a eficiência jurisdicional entendeu-se por bem realizar uma reforma do Poder Judiciário. Rejeitava-se

²⁵¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 259, Set. 2016, p. 405-435.

²⁵² TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 269-270.

²⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante – A ênfase à ratio decidendi à força obrigatória dos precedentes. In: *Revista de Processo*, vol. 184, Jun. 2010, p. 9-41. A doutrina do *stare decisis* ganhava novos contornos no ordenamento jurídico: “Tais fatos expressam a evolução dos mecanismos de jurisdição constitucional, no Brasil, para uma direção comum, de atribuição de *força vinculante aos precedentes judiciais*, representando, assim, uma aproximação do nosso sistema jurídico, tipicamente correspondente a um modelo de direito codificado-continental (*civil law*), ao sistema *common law*, no qual a idéia de vinculação a precedentes possui papel central”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 241, Jul./Set. 2005, p. 178. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370/44673>. Acesso em: 05/07/2023).

²⁵⁴ GAIO JÚNIOR, *Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais...*, 2016.

²⁵⁵ THAMAY, GARCIA JUNIOR e FROTA JR., *Precedentes Judiciais...*, 2021.

a ideia de se aceitar a súmula vinculante, pois esta teria força de norma constitucional, o que, segundo a compreensão, romperia com diversos princípios constitucionais.²⁵⁶

Analisando a proposta de emenda constitucional, José Rogério Cruz e Tucci preocupa-se com a flexibilidade das súmulas vinculantes, objetivando afastar a possibilidade de seu enrijecimento. Era necessário que o mecanismo fosse capaz de “[...] adaptar-se às mudanças sociais e econômicas da nação, de modo a extrair dos textos constitucionais e legais a norma que no momento atenda aos reclamos axiológicos da sociedade”.²⁵⁷

Diante da entrada em vigor das súmulas vinculantes um novo passo foi dado em direção a construção de um sistema de precedentes judiciais com caráter normativo. A aproximação da doutrina do *stare decisis* novamente se avizinhava, diante das observações atinentes a regra oriunda do direito estadunidense.²⁵⁸

Diversos movimentos foram realizados quanto a conferir a eficácia vinculante aos precedentes, conforme pode se observar dos apontamentos elaborados e diante do cenário constitucional. De forma melhor delineada no plano infraconstitucional, eram necessários também esse tratamento mesmo já existindo alguns movimentos neste sentido.²⁵⁹

Victor Nunes Leal, na década de 60, se referia as súmulas como método de trabalho, com o fim de ordenar e facilitar a tarefa judicante.²⁶⁰ O termo método também é utilizado por Hermes Zaneti Jr. quando da recepção, a seu ver, tardia dos precedentes. Além do dia a dia forense é necessária uma preocupação acadêmica e teórica quanto a definição e aplicação dos elementos dos precedentes judiciais.²⁶¹

A partir de 2009 começaram os trabalhos para formação e elaboração de um Anteprojeto de Código de Processo Civil. Houve vinculação direta aos princípios constitucionais

²⁵⁶ Quando da discussão sobre a Proposta de Emenda Constitucional n. 96 de 1992, que previa as súmulas vinculantes, Carmem Lúcia Antunes Rocha apresentou as seguintes críticas: “A adoção de ‘súmula vinculante’ rompe a tradição constitucional republicana brasileira e os princípios constitucionais atuais brasileiros, tolhe direitos dos cidadãos, compromete o princípio da legitimidade democrática e o princípio da separação de poderes, segundo o modelo adotado na Lei Fundamental da República, afronta o princípio da independência do juiz, sem o qual o direito fundamental à jurisdição vê-se restringido, e não é dada como certa para a correção de rumos na eficiente e tempestiva prestação jurisdicional que é buscada”. (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. In: *Revista de informação legislativa*, vol. 34, n. 33, Jan./Mar. 1997, p. 63. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/193>. Acesso em: 05/07/2023).

²⁵⁷ TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito...*, 2004, p. 283.

²⁵⁸ MELLO, *Precedentes e vinculação...*, 2005, p. 180; ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 77.

²⁵⁹ THAMAY, GARCIA JUNIOR e FROTA JR., *Precedentes Judiciais...*, 2021.

²⁶⁰ LEAL, *Passado e futuro da súmula do STF...*, 1981, p. 1.

²⁶¹ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017. p. 78.

previstos na Constituição de 1988, tendo como objetivo alcançar um processo mais célere, colaborativo e menos burocrático.²⁶²

Apesar de manter parte da herança jurídica, a entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015 trouxe o Código de Processo Civil baseadas especialmente na constitucionalização do processo. Aos tribunais cabe não apenas a uniformização das decisões, mas torná-las coerentes com o fim de dar unidade ao direito guiando as futuras interpretações dos juízes.²⁶³

O presente item buscou demonstrar não se tratar de mera importação de um instituto, sem qualquer conexão com a tradição brasileira. Muito pelo contrário, existem diversos movimentos interno em relação aos precedentes judiciais, seja de aproximação ou de afastamento com outros ordenamentos jurídicos.²⁶⁴

O item a seguir tem como objetivo examinar e apresentar aspectos gerais a respeito do modelo de precedentes judiciais previsto pelo Código de Processo Civil de 2015. Sistematizou-se um mecanismo que consolidou a tendência ora apresentada, ainda que com a inserção de elementos.

2.3 ASPECTOS GERAIS DO MODELO DE PRECEDENTES JUDICIAIS APRESENTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 regulamentou e buscou sistematizar um ambiente para que os precedentes judiciais fossem aplicados. Objetivou-se alcançar a uniformização da jurisprudência, bem como sua estabilidade, integridade e coerência. Analisaremos o diploma legal a fim de se ter a compreensão do que se propôs e sua extensão no ordenamento jurídico.

A teoria dos precedentes judiciais pode ser considerada uma teoria para as Cortes Superiores. A solicitação da uniformidade da interpretação do direito e a obrigação de que as cortes permaneçam vinculadas aos próprios argumentos corroboram esta tese.²⁶⁵

²⁶² ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 62-64.

²⁶³ GORGA, *O uso dos precedentes vinculantes no ordenamento brasileiro e sua relação com o direito comparado...*, 2017.

²⁶⁴ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 124. Neste sentido: "O atual sistema brasileiro de formação, divulgação, aplicação e superação dos precedentes judiciais não se estabeleceu por acaso, nem fora de uma linha evolutiva cujo início remonta ao final do período colonial brasileiro. Ele é, ao contrário, fruto de uma tradição brasileira que se desenvolveu na prática jurídica e, mais recentemente, no pensamento jurídico brasileiro". (DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. In: *Revista de Processo Comparado*, vol. 2, Jul./Dez. 2015, p. 99-120).

²⁶⁵ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 315.

O modelo de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro se propõe a reduzir a complexidade e instituir um padrão normativo. Objetiva atenuar as dificuldades de interpretação necessária para solução de casos repetitivos, que possuam bases similares.²⁶⁶

Durante a formulação do projeto de lei, que resultou no Código de Processo Civil, um fator mereceu tratamento mais apurado. Foi observada a necessidade de impedir a existência de abordagem diferente para casos que possuíssem bases próximas de fato e de direito ou que já viesse fundamentados em orientação existente.²⁶⁷

As normas de regulamentação dos precedentes judiciais estão previstas no capítulo I do Título I do Livro III, nos artigos 926 e 928, do Código de Processo Civil. O primeiro artigo trata especialmente do dever dos tribunais de fomentar um sistema coeso, íntegro, estável e coerente jurisprudencial.²⁶⁸

Tratando especificamente do artigo 928,²⁶⁹ este artigo se preocupa em conceituar os julgamentos repetitivos. Esta técnica também poderá dar ensejo a produção de

²⁶⁶ ABOUD, Georges. As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais. A (in)constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 314, Abr. 2021, p. 301-313. Após apresentação de alguns julgamentos, Alexandre de Freitas Câmara verificou determinado padrão a partir de decisões que vierem com citações de ementas de outros acórdãos: “Não há, porém, qualquer motivo para apresentar mais exemplos que só serviriam para confirmar o que já se pôde perceber: é realmente necessário que os órgãos jurisdicionais brasileiros passem a decidir valendo-se das técnicas adequadas ao emprego de padrões decisórios como princípios argumentativos, sob pena de o sistema de elaboração de pronunciamentos judiciais a partir de padrões decisórios que vem sendo construído no Brasil tornar-se elemento integrante de uma *prática forense inconstitucional*, já que incompatível com o modelo constitucional de processo civil brasileiro”. (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014204/>. Acesso em: 15/07/2023).

²⁶⁷ Lucas Buriel de Macêdo apresentou suas palavras a respeito deste momento: “Consoante se consigna na exposição de motivos, não se pode tolerar diversos posicionamentos jurisdicionais acerca de uma mesma situação jurídica substancial, em detrimento dos jurisdicionados, seja em relação aos que estão em situações idênticas e recebem um tratamento menos favorável ou àqueles que planejaram suas atuações com fundamento na orientação dada pelos tribunais”. (MACÊDO, Lucas Buriel de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 237, Nov. 2014, p. 369-401).

²⁶⁸ FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 530. Georges Abboud explica a importância do artigo 926: “O art. 926 do CPC é a chave de leitura constitucionalmente adequada do art. 927, ao determinar que a jurisprudência seja íntegra, coerente e estável. Coerência e integridade são forma de se alcançar a igualdade. A coerência refere-se à dimensão da consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve possuir. Trata-se de um ajuste das circunstâncias fáticas aos mesmos padrões normativos legais ou judiciais. A integridade, por sua vez, exige dos juízes que construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, de modo a princípio como liberdade e igualdade serem consentâneos, e não divergentes”. (ABOUD, Georges. As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais. A (in)constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 314, Abr. 2021, p. 301-313).

²⁶⁹ Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único: O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

precedentes judiciais. Contudo, é necessário se deixar claro que se tratam de técnicas distintas que tem objetivos diferentes.

Diante do dever de coerência e integridade, o Poder Judiciário precisa observar e obedecer a posicionamento de tribunal superior quanto ao entendimento sobre determinada matéria, desde que competente para tal.²⁷⁰ Como vem sendo reafirmado, tanto a Corte prolatora do precedente quanto os órgãos que a ela estiverem vinculados cabem verificar e respeitar ao precedente firmado, a ser melhor delineado a seguir.

Apesar da determinação legal, existe entendimento doutrinário no sentido de que os precedentes no ordenamento brasileiro não se voltam exatamente para este ponto. Sua busca estaria mais ligada ao comprometimento com a duração razoável do processo e com a igualdade de tratamento de casos dentro do Judiciário.²⁷¹

O tratamento previsto no aludido artigo demanda um trabalho por parte das cortes superiores, diante das características da formação das decisões no ordenamento brasileiro. Existe certa expectativa de abstração para que se solucione todos os casos que possuem a mesma questão de direito, através de amplos debates entre os integrantes da corte responsável.²⁷²

Diante desta abstrativização temos os §§ 1º e 2º do artigo 926. Existe a permissão expressa aos tribunais de redigirem súmulas correspondentes a sua jurisprudência, desde que se atenham às circunstâncias fáticas dos precedentes que o motivaram.²⁷³

Os enunciados de súmula têm se voltado à aplicação futura a toda e qualquer causa similar, diante da observação do dispositivo. Cabe aos precedentes serem aplicados nas situações que apresentem similitude fática e jurídica observando a *ratio decidendi*²⁷⁴ do caso-precedente. A ressalva feita quanto a ligação dos enunciados as circunstâncias fáticas, realizada no Código, se apresenta como uma preocupação necessária.²⁷⁵

²⁷⁰ PEIXOTO, *A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015...*, 2016.

²⁷¹ SANTOS, Ramon Ouais; PUGLIESE, Willian Soares. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 272, Out. 2017, p. 375-396.

²⁷² FERRAZ, *Ratio decidendi x tese jurídica...*, 2017.

²⁷³ Quanto a redação de súmula por tribunais, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira declaram: “Embora não conste na listagem de lei, os precedentes cujo entendimento é consolidado na *súmula de cada um dos tribunais* (ainda que não seja tribunal superior) tem força obrigatória *em relação ao próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados*”. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 473).

²⁷⁴ Hermes Zaneti Jr. aponta que, diante do projeto de lei, a Código previa que: “[...] a *ratio decidendi* é estabelecida a partir dos fundamentos determinantes, compreendidos como os fatos relevantes e o direito estabelecidos pelo precedente”. (ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 235, Set. 2014, p. 293-349).

²⁷⁵ FRANCO, *A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil...*, 2016, p. 530.

Para a devida aplicação e interpretação dos precedentes judiciais, portanto, precisamos realizar uma análise sistêmica do Código de Processo Civil. Além dos dispositivos que trazem a clara regulamentação, precisamos analisar outros que possuem impacto direto na dinâmica.

Neste contexto, temos a previsão do artigo 10 que consagra o princípio do contraditório, em especial a vedação de não surpresa às partes a respeito das decisões. O artigo 489, em especial o § 1º, em seu inciso V apresenta a característica dos precedentes de ter aplicação distinta da lei, pois exige demonstração da existência de circunstâncias fático-jurídicas; e, no inciso VI a obrigação de apresentar a devida fundamentação quando efetuar distinção ou superação do entendimento.²⁷⁶

Coube ao artigo 927 trazer o rol dos casos formadores dos precedentes obrigatórios, distintos entre si de acordo com o seu procedimento de formação. De toda sorte, a aplicação não se dá de qualquer maneira, é necessária a explicitação do raciocínio utilizado.²⁷⁷

O artigo ao afirmar que os juízes e tribunais observarão as decisões ali elencadas temos a determinação de que não se trata de precedentes de mera persuasão. Tratam-se de observação obrigatória. Ressalvados os casos de superação ou distinção, não se abre aos julgadores a opção de seguir ou não os precedentes, de maneira a se efetivar os princípios processuais constitucionais.²⁷⁸

Na obra “O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes” de autoria de Hermes Zaneti Jr. identifica que o Código de Processo Civil determinou três graus de vinculação: a) precedentes normativos vinculantes, compreendidos independente de lei formal e durante o processo de interpretação e aplicação do direito, mediante argumentação racional; b) precedentes normativos formalmente vinculantes, previsto em lei, une a necessidade de argumentação e a presunção legal a obediência de precedentes provenientes de tribunais superiores e do mesmo grau, além de impugnação por via recursal; e, c) precedentes normativos formalmente vinculantes fortes, assemelha-se ao anterior, porém a sua impugnação poderá acontecer tanto por via recursal quanto por via autônoma, diretamente nos tribunais superiores.²⁷⁹

²⁷⁶ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 370-371.

²⁷⁷ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 105.

²⁷⁸ PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing). In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 248, Out. 2015, p. 331-355.

²⁷⁹ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 350-351.

Nas palavras de José Miguel Garcia Medina será considerado precedente vinculante os julgamentos extraídos do rol estabelecido pelo artigo 927, caracterizados por uma vinculatividade formal. Através de julgamentos futuros a qualidade substancial do precedente será verificada, por meio do exame da potencialidade para servir de base para julgamentos futuros.²⁸⁰

A vinculação aos precedentes poderá também ser analisada, tal qual proposto por Hermes Zaneti Jr., por dois aspectos: horizontal e vertical. A vinculação horizontal tem por base o descrito no artigo 926, através da previsão de que cabe aos tribunais uniformizarem a jurisprudência, atingindo ao próprio prolator do precedente. Enquanto na vinculação vertical temos a obediência ao rol descrito no artigo 927, determinando aos tribunais e julgadores inferiores, bem como ao formador dos precedentes o dever de respeitar a *ratio decidendi*, proposta pelo órgão superior.²⁸¹

Em breves linhas faremos uma análise sobre o rol do artigo 927, se furtando do exame do inciso I, pois será realizado de forma detida no capítulo seguinte. O precedente cuja *ratio decidendi* é proveniente de súmula está previsto nos incisos II, nos casos de enunciados de súmula vinculante, e IV, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

O enunciado de súmula por si só não conseguirá representar a *ratio decidendi* em sua plenitude, ressalvados casos especiais. Se bem formulado pode se aproximar do resumo da questão jurídica, no entanto, se torna complicado equivaler aos fundamentos determinantes.²⁸²

Tal qual previsto no artigo 103-A da Constituição, os enunciados de súmula vinculante possuem eficácia em relação ao Supremo Tribunal Federal. Igualmente ocorre com os demais órgãos jurisdicionais e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.²⁸³

Quanto aos casos dos enunciados não vinculantes, estes buscam sedimentar o entendimento jurisprudencial de acordo com a matéria específica, predominante no órgão em determinado tempo. Da mesma forma, a *ratio decidendi* vai além do enunciado, devendo ser analisado o contexto fático-jurídico.²⁸⁴⁻²⁸⁵

²⁸⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no estado constitucional e democrático de direito: O papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 974, Dez. 2016, p. 129-154.

²⁸¹ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 378-380.

²⁸² FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 246.

²⁸³ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p. 478.

²⁸⁴ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 112.

Determina o inciso III do artigo 927 respeito aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos.

Caberá o incidente de assunção de competência, conforme prevê o artigo 947, quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

Afeta-se julgamento de questão de grande relevância social, cujo ponto impacte toda a sociedade ou expressiva parcela.²⁸⁶ Sua importância se demonstra especialmente na divergência entre câmaras ou turmas sobre questão de direito de relevante valor.

Este inciso traz a formação através de um “[...] microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, cujas regras se complementam reciprocamente”,²⁸⁷ através de contraditório amplo, podendo ocorrer audiências públicas e participação de *amicus curiae*.

O rol traz em seu inciso V que cabe aos juízes e tribunais seguir a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Temos a necessária obediência da vinculação interna, na qual os membros dos tribunais devem seguir a orientação, e de vinculação externa, cabendo aos órgãos subordinados o dever de respeitá-lo.²⁸⁸

Contudo, é necessário apontar que o rol apresentado, diante de toda a interpretação sistematizada do Código, não deverá ser entendido como exaustivo, mas meramente exemplificativo. Existem decisões, ali não enumeradas, que poderão ser configuradas como precedentes em virtude da não manifestação do ente competente, no entanto que tiveram interpretação por órgão inferior.²⁸⁹

Como tratado no capítulo anterior, existem mecanismos que se propõem a impossibilitar o eventual enrijecimento do direito. Poderão os órgãos superiores superarem ou

²⁸⁵ Questionando as súmulas não vinculantes, Alexandre de Freitas Câmara esclarece: “A súmula é, na verdade, um repositório de enunciados que representam um resumo da jurisprudência dominante de um tribunal. Em outras palavras, é na súmula que cada tribunal enuncia, pelos *verbetes* (ou *enunciados*), as teses que foram identificadas nas linhas de jurisprudência constante identificadas em sua atuação”. (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014204/>. Acesso em: 15/07/2023).

²⁸⁶ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 266-267. Gilberto Andreassa Junior apresenta seu ponto: “De acordo com esse dispositivo, o legitimado afetará ao órgão colegiado competente – superior ao órgão fracionário, portanto – o julgamento da questão que repute de grande relevância social, isto é, de questão que não seja corriqueira, mas cujo julgamento possua a potencialidade de afetar a todo o conjunto social ou ao menos expressiva parte dele”. (ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Precedentes judiciais e colegialidade: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 111).

²⁸⁷ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p. 479.

²⁸⁸ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 112-113.

²⁸⁹ PEIXOTO, *O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015...*, 2016.

distinguirem o caso analisado face ao caso-precedente, através do *overruling* e *distinguishing*. O § 4º do artigo 927 afirma a necessidade de se apresentar adequada e específica fundamentação, considerando princípios processuais constitucionais.^{290_291}

Diante da verificação do desgaste da coerência sistêmica e congruência social, será possível o *overruling*. Auxiliando nesta verificação, o Código abriu espaço para a oitiva de diversos personagens, através de audiências públicas. Além disso, requisitou a obediência aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia através da fundamentação adequada e específica.²⁹²

Em nosso ordenamento jurídico, a superação de um precedente pode se dar por modo difuso ou concentrado. O precedente em qualquer processo poderá ser superado, difusamente, e contribui para a revisão de entendimento. Logo, não há procedimento específico para sua utilização.²⁹³

No entanto, nos casos em que se requisita um procedimento autônomo, se procederá o modo concentrado. Exemplificativamente, ocorre no pedido de revisão ou cancelamento de súmula vinculante ou pedido de revisão da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas.²⁹⁴

O Código ainda previu a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão revogadora, configurando a *prospective overruling*. Esta se dará através da apresentação da adequada e específica fundamentação, calcada no interesse social e no princípio da segurança jurídica.²⁹⁵

²⁹⁰ GAIO JUNIOR, *Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais...*, 2016; DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p, 531.

²⁹¹ Como será pontuado durante este trabalho, a fundamentação das decisões judiciais se apresenta como elemento essencial: “Ainda, importante analisar as disposições constantes do art. 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC/15, informando que não serão consideradas como fundamentadas as decisões judiciais que se limitarem a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àquelas razões de fundamentos; bem como deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. (THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR., Clóvis Smith. *Precedentes Judiciais*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786555598469/>. Acesso em: 15/06/2023).

²⁹² MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 245, Jul. 2015, p. 333-349.

²⁹³ PEIXOTO, *Aspectos materiais e processuais da superação de precedente no direito brasileiro...*, 2016, p. 555.

²⁹⁴ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p, 510.

²⁹⁵ GONÇALVES e ASSIS, *O prospective overruling nas Supremas Cortes brasileiras...*, 2016. Daniel Mitidiero leciona a respeito da *prospective overruling*: “No caso de necessidade de superação apenas para frente do precedente, além da proteção da segurança e da igualdade, a modulação dos efeitos deve levar em consideração a *maior ou menor densidade das normas* aplicadas para resolução do caso ou da questão jurídica e a *maior ou menor abertura semântica do texto* empregado na redação legislativa. Quanto *menor a densidade normativa* (por exemplo, princípio), *maior a confiança* na sua concretização judicial. Quanto *maior a abertura semântica* (por exemplo, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados), *maior a confiança na sua concretização judicial*. São *critérios* que podem colaborar na outorga de eficácia *ex nunc* à

O julgador verificando a distinção entre o caso-atual e o caso precedente, através do exame das circunstâncias de fato e de direito, observará o previsto nos artigos 927, § 1º, e 489, § 1º, V e VI. Tal técnica possui papel relevante para que o instituto seja aplicado e possa surtir o efeito prático desejado.²⁹⁶

Caberá ao magistrado entender pelo impedimento de aplicação do precedente, a partir de uma interpretação restritiva, julgando livremente o processo; possível também estender a sua utilização, apesar das peculiaridades dos casos concretos, pois a tese jurídica ser competente para julgamento do caso.²⁹⁷

A partir do modelo instituído, aos intérpretes caberá proteger a coerência do ordenamento jurídico e aos aplicadores do direito compreender a existência de um sistema de precedentes.²⁹⁸ Não poderão os julgadores se abster de aplicá-la, diante da obrigação do dever de fundamentação, sem uma devida apresentação de motivações de superação ou de distinção do caso examinado.

A utilização da distinção não se apresenta como forma de invalidação do precedente invocado, mas respeito, através da verificação e estipulação dos fundamentos em que deve ser aplicado.²⁹⁹ O sistema de precedentes requisita a necessidade de se obedecer aos princípios processuais constitucionais, especialmente ao dever de fundamentação e do contraditório prévio.

Através do movimento pela constitucionalização do processo, o Código de Processo Civil trouxe um sistema de precedentes que permite e busca tornar mais coerente as decisões entre os casos. Através de uma leitura sistêmica se depreende que a fundamentação possui papel preponderante tanto para a instituição quanto para a boa aplicação do instituto.

Ocorre que a sua introdução em nosso ordenamento jurídico não se trata de unanimidade, pelo modo proposto. A seguir apresentaremos a discussão sobre a constitucionalidade do rol apresentado pelo artigo 927.

mudança do precedente”. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 245, Jul. 2015, p. 333-349).

²⁹⁶ Neste sentido, Dierle Nunes e André Frederico Horta: “É a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo Judiciário (sempre a partir das contribuições de todos os sujeitos processuais), à luz de novas situações e contextos, a fim de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente”. (NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 309).

²⁹⁷ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p. 505.

²⁹⁸ ZANETI JR., *Precedentes (treat like cases alike)...*, 2014.

²⁹⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014204/>. Acesso em: 15/07/2023.

2.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Apresentado o modelo de precedentes judiciais, disposto no Código de Processo Civil, há de se destacar que parcela da doutrina entende por sua incompatibilidade com o ordenamento constitucional brasileiro. A utilização do termo “observarão” no *caput* do artigo 927 não deve levar a compreensão de se tratar de um dever de consideração, mas, sim, uma obrigatoriedade.³⁰⁰

Em geral, não se discute sobre a constitucionalidade dos incisos I e II do artigo 927, diante da previsão sobre o dever de observância às Súmulas Vinculantes e à Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.³⁰¹

Os questionamentos recaem sobre o artigo 927, em especial aos incisos III, IV e V, com base no exame do caminho percorrido para as súmulas vinculantes, sendo estabelecida por emenda constitucional.³⁰² Se assim não fosse estaria configurada uma ofensa à superação de poder, ao princípio da legalidade e à democracia.³⁰³

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery entendem ter o CPC imposto a observação aos juízes e tribunais a aplicação dos precedentes, sendo esta inconstitucional. No seu entender, não existe autorização por parte da Constituição Federal a vinculação dos juízes nas hipóteses dos incisos III a V. Diversamente dos incisos I e II, do artigo 927 que possuem expressa permissão constitucional, nos artigos 102, § 2º, e 103-A, *caput*, da Constituição.³⁰⁴

³⁰⁰ PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. In: *Civil Procedure Review*, vol. 8, n. 2, 2017, p. 96. Disponível em: <https://cpr.emnuvens.com.br/revista/article/view/152/142>. Acesso em: 01/07/2023.

³⁰¹ ALVES, Gustavo Silva. Precedentes como fonte do direito no novo CPC: Por uma visão argumentativa do discurso jurídico. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 267, Maio 2017, p. 459-483.

³⁰² ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 399.

³⁰³ MADUREIRA, *Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro...*, 2017, p. 140. Ada Pellegrini Grinover comenta a respeito dos princípios invocados quando da inconstitucionalidade: “[...] costuma-se apontar alguns princípios insertos na Constituição que, aparentemente, poderiam ser violados com a aplicação do efeito vinculante. São citados, com maior frequência, o princípio da separação de Poderes, o postulado da independência dos juízes e a garantia constitucional do contraditório. Outros, também, são mencionados, como o livre convencimento dos juízes, o da subtração da jurisdição e o próprio princípio da legalidade”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas considerações sobre a constitucionalidade do precedente vinculante previsto no Código de Processo Civil. In: *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo: RT, vol. 2, ano 1, Jul./Set. 2016, p. 54. Disponível em: https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2017/08/RBA2_Miolo.pdf. Acesso em: 01/07/2023).

³⁰⁴ Clarificando o entendimento dos autores segue sua posição: “O objetivo almejado pelo CPC 927, para ser efetivo, necessita de autorização prévia da CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu, ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018).

Apesar de lamentar, José Rogério Cruz e Tucci compreende a inconstitucionalidade diante do equívoco em elencar todas aquelas decisões como se possuíssem a mesma força vinculante vertical, impondo a obrigação de observância aos precedentes. Afirma a Constituição ter reservado o efeito vinculante as súmulas fixadas pelo Supremo, observado o devido processo e aos julgados originados do controle direto de constitucionalidade.³⁰⁵

Na concepção de Georges Abboud também se verifica inconstitucionalidade no artigo 927. Fundamentado na atribuição de efeito vinculante a determinados provimentos por força do legislador infraconstitucional. Além disso, o dispositivo não preveria o precedente como elemento vinculante, pois aquele seria fonte de direito, com ou sem previsão legal.³⁰⁶

Araken de Assis observa a inconstitucionalidade da vinculação proposta através da restrição da independência jurídica do magistrado, pois lhe estaria impedida a possibilidade de divergência. Exclusivamente por emenda constitucional seria permitida a mitigação da independência dos órgãos judiciais, o que haveria ocorrido, por exemplo, nos casos da súmula vinculante e das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade.³⁰⁷

Haveria a necessidade de se partir das mesmas formalidades quando da formação e instituição das súmulas vinculantes. O Poder Judiciário extrapolaria as suas competências, a partir da formalização dos precedentes judiciais vinculantes através do Código de Processo Civil, diante da configuração dos diplomas legais.³⁰⁸

Verificadas as posições contrárias, no presente trabalharemos afirmando a constitucionalidade do referido artigo. Apresentaremos os argumentos demonstrando não haver ofensa a Constituição Federal.

Não haveria que se falar em ofensa à legalidade e à separação de poderes, pois enquanto cláusulas pétreas impediriam a reforma constitucional.³⁰⁹ A instituição das

³⁰⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 454.

³⁰⁶ No entanto, o autor afirma que o artigo não é de todo inconstitucional, sendo favorável a interpretação conforme a Constituição: “Não obstante haver a inconstitucionalidade, consideramos que o vício legal pode ser corrigido mediante emprego da interpretação conforme a Constituição para garantir que todos os provimentos mencionados (III a V) são *diretamente vinculantes para o Tribunal prolator do ato*, mas a vinculação não irradiaria efeitos para demais juízos”. (ABBOUD, Georges. As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais. A (in)constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 314, Abr. 2021, p. 301-313).

³⁰⁷ ASSIS, Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade..., 2020.

³⁰⁸ MOLLICA e OLIVEIRA, *O novo CPC, os precedentes vinculantes e a discussão sobre a (in)constitucionalidade de sua previsão infraconstitucional...*, 2018, p. 238.

³⁰⁹ Assim como da vinculatividade concedida pela Emenda Constitucional n. 45, a atividade realizada pelos julgadores a respeito do trabalho em relação aos precedentes é constitucional: “[...] atividade cognitiva

súmulas vinculantes se deu através da edição da Emenda Constitucional n. 45/04, assim também desrespeitariam àqueles princípios.³¹⁰⁻³¹¹

Seguindo o entendimento de que ocorreria violação de cláusulas pétreas, a inconstitucionalidade continuaria sendo constatada. Qualquer proposição de reforma constitucional no sentido de conceder vinculatividade aos precedentes deveria ser rechaçada uma vez que violaria cláusula pétrea, o que por si, é inconstitucional.³¹²

Cabem aos legisladores a criação de normas gerais e abstratas e aos juízes a de normas gerais e concretas. Desta forma, demanda-se ao julgador interpretar o texto e o caso concreto. Assim, se afasta a crítica sobre ofensa à legalidade, pois a própria lei concedeu a vinculatividade dos precedentes.³¹³

Não é adequado equiparar a atividade cognitiva desenvolvida pelos Tribunais no contexto de formação dos precedentes com a atividade legislativa, uma vez que tal seria invasão de poderes. Hermes Zaneti Jr. pontua “[...] precedentes são normas gerais e concretas; leis são normas gerais e abstratas”.³¹⁴

A atividade realizada pelos julgadores no processo judicial é fruto do trabalho de reconstrução normativa com o objetivo de compreender e aplicar os entendimentos que

também é compatível com o princípio democrático porque não corporifica invasão ao feixe de competências conferido pela Constituição ao Parlamento” (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 149).

³¹⁰ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 400.

³¹¹ Ada Pellegrini Grinover nesta compreensão: “[...] a quem entende que o efeito vinculante só pode ser criado pela Constituição, que também seria inconstitucionais as emendas à Constituição que o instituíram. Por outro lado, quando o argumento diz que uma emenda constitucional pode estabelecer o efeito vinculante, então ele reconhece, por consectário lógico, que o efeito vinculante não contraria a Constituição Federal. Reconhece que ele não é inconstitucional. Do contrário, nem mesmo o Poder Reformador poderia incluir o efeito vinculante na Constituição, mormente à luz do argumento de contrariedade ao princípio de separação dos poderes (art. 60, § 4º, da CF)” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas considerações sobre a constitucionalidade do precedente vinculante previsto no Código de Processo Civil. In: *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo: RT, vol. 2, ano 1, Jul./Set. 2016, p. 56. Disponível em: https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2017/08/RBA2_Miolo.pdf. Acesso em: 01/07/2023).

³¹² PEIXOTO, Ravi. *(In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015...*, 2017, p. 115-116.

³¹³ ALVES, *Precedentes como fonte do direito no novo CPC...*, 2017. Neste sentido temos os apontamentos feitos por Hermes Zaneti Jr. e Carlos Frederico Bastos Pereira: “A legalidade neste particular deve ser compreendida não como lei em sentido estrito, mas como a conformidade com o ordenamento jurídico, como já consta do art. 140 do CPC/2015, afinal, a ‘lei, no Estado Constitucional, é somente a lei válida perante a Constituição’. Esta é a razão pela qual a atividade do julgador sempre será *tendencialmente cognitiva*, na medida em que partirá da lei e demais textos normativos para que um precedente seja construído. A lei, portanto, é o primeiro limite à discricionariedade judicial em um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes”. (ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Porque o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 257, Jul. 2016, p. 371-388).

³¹⁴ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 400.

integram o direito positivo.³¹⁵ Ao atuar no contexto de trabalho não legislarão, mas aplicarão a *ratio decidendi*.³¹⁶

Solicita-se aos julgadores que vinculem a solução jurídica às circunstâncias fáticas, através da ligação dos *material facts*. Diante da existência de um vácuo normativo, caberá ao Poder Judiciário realizar a reconstrução da norma, enquanto tarefa estritamente ligada a atividade jurisdicional.³¹⁷

Cândido Rangel Dinamarco, à época das discussões da Emenda Constitucional n. 45, apontava que estaria se atribuindo aos tribunais certo grau de poder normativo, por meio da atribuição de caráter vinculativo às decisões judiciais. Entendia que se estava alterando a fórmula de separação entre os Poderes do Estado, reclamando, assim, adaptações e cuidados para a manutenção do sistema de direito positivo existente.³¹⁸

De outro lado, não existe proibição ao Poder Judiciário de estar vinculado as próprias decisões, sendo uma submissão de seus próprios órgãos a elas e as súmulas por si proferidas. A lei infraconstitucional pode autorizar a forma pela qual determinado poder vai gerir suas conformações, como, por exemplo, ocorreu através do Código de Processo Civil.³¹⁹

Outro ponto apontado de discussão refere-se ao CPC ter equiparado súmulas não vinculantes e súmulas vinculantes. Restaria evidente de que se dado precedente viesse a tratar de matéria relativa à Administração Pública, haveria vinculação automática. Entretanto, inexistente esta aptidão, que somente ocorreria mediante um exercício de autotutela.³²⁰

³¹⁵ MADUREIRA, *Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro...*, 2017, p. 141.

³¹⁶ Neste sentido, Ravi Peixoto: “É preciso que se perceba que o precedente não pode ir além da lei – ele é, sim, um complemento do texto normativo -. Seu objetivo não é criar a partir do nada, mas sim o de densificar o texto normativo, cabendo aos tribunais que têm aptidão para uniformizar o entendimento sobre aquele tema produzirem precedentes obrigatórios”. (PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. In: *Civil Procedure Review*, vol. 8, n. 2, 2017, p. 120-121. Disponível em: <https://cpr.emnuvens.com.br/revista/article/view/152/142>. Acesso em: 01/07/2023).

³¹⁷ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Porque o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 257, Jul. 2016, p. 371-388.

³¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 100, Out./Dez. 2000, p. 166-185.

³¹⁹ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 196. Durante as discussões da Emenda Constitucional n. 45, Cândido Rangel Dinamarco entendia a possibilidade de uma maior extensão da vinculação das súmulas: “É uma pena que também aos *tribunais locais* não se estenda a autorização a sumular. Como os temas referentes a direito estadual e municipal são capazes de levar aos processos ao Supremo ou aos tribunais superiores, a última instância nessas causas é representada por aqueles. E, sabido que também nessa matéria ocorre muita repetição de teses e conseqüente dispersão de julgados conflitantes, seria de toda conveniência que também os tribunais locais fossem atualizados a editar súmulas vinculantes – sempre, nos limites das questões sobre as quais emite o julgamento último”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 100, Out./Dez. 2000, p. 166-185).

³²⁰ PEIXOTO, (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC..., 2017, p. 112.

Além do agora exposto, há uma clara hierarquia de vinculatividade. O enunciado de súmula vinculante não poderá ser afastado por súmula do STF formulada e aprovada por quórum simples, obedecendo aos ditames do artigo 103-A da Constituição.³²¹

Utiliza-se ainda do argumento de existir afronta ao princípio da independência do juiz, diante da noção de liberdade de julgamento dos magistrados, motivada pela obrigatoriedade de observância a determinados entendimentos jurisprudenciais. Em tese, se derogaria o princípio do contraditório, quanto ao direito de influência na formação da decisão jurisdicional, pelo enfraquecimento da liberdade de consciência e julgamento do juiz.³²²

A imposição de mecanismo previsto por lei ocorrerá sem maiores problemas. Assim como ocorre com pautas de conduta que se impõe a sociedade em geral, não se verá inconstitucionalidade na imposição por lei de pauta de conduta de observância obrigatória.³²³

Eduardo Cambi e Renê Francisco Hellman observam claramente o dever de obediência dos julgadores à lei e aos precedentes, pois não ocorreria mitigação da independência judicial visto que “[...] esta característica é do Poder Judiciário e quando este confere interpretação a um determinado texto, por questão de coerência e lógica, tal interpretação deve ser obedecida – desde que adequadamente construída –, como meio de preservação da própria instituição”.³²⁴

Aos julgadores não se está impedindo a atividade cognitiva, o que precisa ocorrer quando da aplicação dos precedentes, para o seu devido enquadramento no caso em verificação. Logo, a independência judicial “[...] tem como conteúdo apenas a garantia de que o juiz

³²¹ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 402.

³²² GONÇALVES, Marcelo Barbi. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 222, Ago. 2013, p. 221-247. Ademais, a discricionariedade da decisão judicial, ainda que fosse aplicável, não se trataria de princípio absoluto: “Assim, soa razoável a afirmação de que a decisão proferida em sede de processo judicial nada mais é do que um juízo de inteligência, que não se confunde com o juízo de foro íntimo. Os órgãos jurisdicionais dizem o direito, e não o que poderia ser o direito. A discricionariedade, ao dar opções, fica na segunda hipótese (o que poderia ser o direito), de forma que a ela não se adéqua a natureza da decisão judicial. A decisão jurisdicional é proferida na qualidade de ato vinculado a dizer o direito, não sendo franqueada a discricionariedade à autoridade judicial para emitir opiniões, ou achar qual a melhor opção ao caso. Deve, a autoridade, decidir da forma certa – a única –, com base nos elementos que lhe foram apresentados”. (BELLOCHI, Márcio. A fundamentação das decisões judiciais e sua natureza (não) discricionária. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 268, Jun. 2017, p. 99-115).

³²³ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 199.

³²⁴ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência – A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídica. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 231, Maio 2014, p. 349-363.

apenas esteja submetido ao direito, mas por outro lado, também cria o dever de que ele apenas decida conforme o direito”.³²⁵

Ainda que se compreendesse por existir algum desrespeito a princípio constitucional seria necessário haver a contraposição com outros provenientes do precedente vinculante, como a segurança jurídica, a certeza do direito, entre outros. Coube ao legislador aplicar o princípio da proporcionalidade, para a resolução deste impasse, decidindo pela prevalência dos princípios assegurados pelo precedente.³²⁶

O sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro está alicerçado nas concepções da igualdade, da previsibilidade e da efetividade, observáveis em princípios constitucionais.³²⁷ Afirma Hermes Zaneti Jr. que a regra de universalização precisa ser considerada, pois a partir da exigência da “[...] adoção de um *pesado ônus argumentativo* decorrente da regra da universalização, o dever (normativo) de seguir os precedentes de forma adequada, afastando a presunção a favor do precedente, quando o caso deva ser julgado de forma diferente”.³²⁸

No aspecto da segurança jurídica, interligado ao princípio da previsibilidade, temos uma busca de garantir a estabilidade e tranquilidade das relações jurídicas. Protegem-se e preservam-se as expectativas resultado de suas ações e de terceiros. Além disso, evita-se a alteração repentina sobre questões de direito, sem uma devida fundamentação.³²⁹

Na análise da igualdade, temos que o Estado deve garantir o tratamento igualitário entre as pessoas, inclusive na medida das desigualdades que se apresentarem.³³⁰ Através de um sistema de precedentes devidamente estabelecido teremos “[...] que a parte

³²⁵ PEIXOTO, (In) *constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC...*, 2017, p. 118.

³²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas considerações sobre a constitucionalidade do precedente vinculante previsto no Código de Processo Civil. In: *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo: RT, vol. 2, ano 1, Jul./Set. 2016, p. 60. Disponível em: https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2017/08/RBA2_Miolo.pdf. Acesso em: 01/07/2023.

³²⁷ PINHO e RODRIGUES, *O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC...*, 2016.

³²⁸ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 359-361. Em mesmo sentido Luiz Guilherme Marinoni: “A universabilidade não tem relação com a substância da decisão ou com a correção da interpretação, mas com a sua racionalidade. Se a decisão da Corte Suprema é uma regra determinada a partir da interpretação, ela deve ser capaz de regular todas as situações análogas. A impossibilidade de sua aplicação a caso que não tem motivo para ser tratado de modo diverso revela a sua inconsistência. A universabilidade do precedente, portanto, é condição para evitar a sua arbitrariedade. Na verdade, a falta de universabilidade do precedente é sinal do seu equívoco”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 264, Fev. 2017, p. 357-394).

³²⁹ FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 950, Dez. 2014, p. 199-231; ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 97.

³³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o “sentido exato da lei” para a corte que institui precedentes. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 950, Dez. 2014, p. 165-198.

sucumbente conforme-se com a decisão proferida em primeira instância e isso acontecerá se ela perceber que há conformidade entre esta e a posição dos tribunais”.³³¹

Quanto a razoável duração do processo, relacionado ao princípio da efetividade, temos que os precedentes possibilitam maior grau de confiança as decisões judiciais, conseqüentemente aumentam a produtividade. A atuação do órgão jurisdicional se torna eficiente, apazígua o comportamento dos litigantes e permite que os julgadores se dediquem as causas complexas.³³²

Através destes alicerces, provenientes de princípios constitucionais processuais, o sistema de precedentes brasileiro se mostra constitucional. O legislador ficou responsável por realizar a ponderação no conflito, ainda que se discuta afetar outros princípios.

Diante de todos os argumentos apresentados, temos que o caminho da constitucionalidade do artigo 927 do Código de Processo Civil seja o mais viável e seguro a ser adotado. A boa aplicação dos precedentes judiciais dependerá do entendimento do instituto, bem como de seu respeito por todos os atores a eles impostos.

Verifica-se a existência de intersecção entre o controle de constitucionalidade e os precedentes, antes mesmo do Código de Processo Civil. Ocorre que a partir de 2015, por meio do artigo 927, inciso I, houve direta relação entre os institutos. O que se cuidará de analisar no capítulo seguinte.

³³¹ CAMBI e HELLMAN, *Jurisimprudência...*, 2014.

³³² ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 100; FREIRE e FREIRE, *Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro...*, 2014. Acrescentamos: “A solidificação dos entendimentos possibilita o manejo de instrumentos para acelerar as decisões de mérito assemelhados, seja na fase de conhecimento ou na fase recursal. Além disso, pode desmotivar a propositura de ações que se fundem em argumentos contrários àqueles acolhidos pelo tribunal no julgamento do caso paradigma”. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 259, Set. 2016, p. 405-435).

3 POR VIA DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: (HÁ?) A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

O processo que constitui o controle concentrado de constitucionalidade é aberto, diante da necessidade de se verificar os fatos de maneira ampla quanto a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Realizaremos apontamentos sobre a formação de precedentes judiciais vinculantes por meio das ações de controle concentrado de constitucionalidade no presente capítulo, diante da previsão do artigo 927, inciso I. Há discussão se seria possível através destas a sua produção.

O debate sobre a transcendência dos motivos determinantes parece haver cessado diante da previsão do Código de Processo Civil. Ao mesmo tempo, cabe ao Supremo Tribunal Federal se adequar desde o procedimento de deliberação até a publicização de seus acórdãos, devendo ter atento cuidado com o plenário virtual.

3.1 A DISSOCIAÇÃO ENTRE O EFEITO VINCULANTE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O EFEITO VINCULANTE DO PRECEDENTE JUDICIAL

Há confusão entre certos aspectos que envolvem o controle de constitucionalidade e precedentes judiciais, por conta de algumas terminologias utilizadas. É preciso que se realize a distinção entre o objeto do efeito vinculante em verificação de constitucionalidade e sobre em qual elemento há a vinculação proposta pelos precedentes judiciais.

Em sede de controle abstrato, o efeito vinculante foi introduzido de forma gradual e tendo seus efeitos expandidos. Coube, inicialmente, a Emenda Constitucional n. 3 atribuir o efeito a Ação Declaratória de Constitucionalidade, conjuntamente realizou a distinção entre este e a eficácia *erga omnes*.³³³

³³³ As justificações, integrante da proposta da emenda, apresentam os fundamentos para esta distinção: “Além de conferir eficácia **erga omnes** às decisões proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de **efeito vinculante** em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados **fundamentos** ou **motivos determinantes** (*tragende Gründe*). A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição do seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia **erga omnes**) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o **efeito vinculante**, que deflui dos **fundamentos determinantes** (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a

Clèmerson Merlin Clève, após a entrada em vigor da informada emenda, analisou que a reforma acabou por dar tratamento diferenciado entre as ações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade. Nos casos de decisão em sede de ADC produziria efeitos *erga omnes* e vinculante, enquanto “[...] lei declarada constitucional ou inconstitucional por decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade produz apenas efeitos *erga omnes*”.³³⁴

Em sequência o artigo 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99,³³⁵ e o artigo 10º, § 3º, da Lei 9.882/99,³³⁶ previu a vinculação para as decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade e para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, respectivamente. Por fim, a Emenda Constitucional n. 45 constitucionalizou esta eficácia, confirmando a orientação legal.³³⁷

No julgamento da ADI, o impedimento de se utilizar o ato normativo impugnado provém da perda de validade e eficácia deste, e da ADC o seguimento do preceito confirmado constitucional, em virtude do reforço de sua constitucionalidade.³³⁸ No caso da ADPF, qualquer decisão expedida em sua sede possuirá efeito vinculante, ainda que processual ou interlocutória.³³⁹

inconstitucionalidade de uma lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C (cf. Christian Pestalozza comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) in "Direito Processual Constitucional (Verfassungszprozessrecht)". 2ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 1982, pp. 170/171, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a diferença entre ele e a eficácia, seja **inter partes** ou **erga omnes**). (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 130, de 1992*. Suprime o inciso X do artigo 52 e dá nova redação aos artigos 102 e 103 da Constituição Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23SET1992.pdf#page=19>. Acesso em: 24/07/2023).

³³⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Sobre a ação direta de constitucionalidade. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, vol. 5, Jul./Set. 1994, p. 28-47.

³³⁵ Quanto a esta atribuição, temos as seguintes observações de Antonio Carlos de Almeida Diniz: “Esta lei estendeu finalmente o efeito vinculante também para as decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. Até então esses pronunciamentos formalmente só irradiavam eficácia *erga omnes*. Admitindo-se a evidência de ambas as ações possuírem um caráter duplo, se em qualquer delas o julgamento for pela procedência ou improcedência, poder-se-á chegar a uma declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade”. (DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. A recepção do instituto do efeito vinculante pelo direito brasileiro. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, vol. 39, Abr./Jun. 2002, p. 209-224).

³³⁶ Ivo Dantas, anteriormente a Emenda Constitucional n. 45, verificava inconstitucionalidade na norma: “Em que pese (pelo menos de início) sermos a favor de que as decisões do STF, em matéria de controle de constitucionalidade, proferidas nas Ações Diretas tenham em si um efeito vinculante, parece-nos que, no caso, se repete a inconstitucionalidade já referida quando tratamos do art. 5º, § 3º, isto porque, não vemos como a legislação infraconstitucional possa criá-lo, quando, a teor da Constituição, a única previsão constitucional da vinculatividade se dá quando se trata de Ação Declaratória de Constitucionalidade”. (DANTAS, Ivo. A arguição de descumprimento de preceito fundamental: A CF e a Lei n. 9.882/99. In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, v. 7, 2003, p. 129-163).

³³⁷ MARTINS e MENDES, *Controle concentrado de constitucionalidade...*, 2009, p. 597.

³³⁸ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 281.

³³⁹ DIMOULIS e LUNARDI, *Curso de processo constitucional...*, 2016.

O efeito indica ser necessário cumprir o constante do dispositivo da decisão e, em alguns casos, a fundamentação jurídica desta. Aprofundaremos a abrangência das decisões.

Quanto a extensão objetiva do efeito vinculante, é necessário confirmar quais partes da decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade serão objeto daquela. Logo, “[...] a força vinculante diz respeito ao fato de um provimento jurisdicional ter que ser obrigatoriamente observado e aplicado por outros órgãos estatais, sob pena de afronta à autoridade e à competência do órgão que exarou o provimento”.³⁴⁰ Esta força qualificada consegue assegurar a imposição do cumprimento da decisão face a atos administrativos ou judiciais supervenientes.³⁴¹

É possível afirmar que a jurisprudência do STF alterou sua posição por algumas vezes. Quando da análise da constitucionalidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade, o STF entendeu que a vinculação se daria somente sobre o dispositivo do acórdão, não observando as razões de decidir.³⁴² Esta decisão se distancia dos objetivos da própria emenda constitucional.³⁴³

Os votos do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação n. 1987-0 e ADI n. 3.345 e n. 3.365 apresentaram o entendimento de que a vinculação abrangeria também os fundamentos determinantes, indo além do dispositivo.³⁴⁴ A explicação para esta

³⁴⁰ BORGES, Fernanda Gomes e Souza. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade: uma análise a partir da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes. In: CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji. (coord.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 159-176.

³⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 66.

³⁴² “[...] do efeito vinculante que lhe é próprio resulta: [...] essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo – como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1/DF (Questão de Ordem)*. Requerentes: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara Federa. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 27/10/1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>. Acesso em: 24/09/2022).

³⁴³ MARTINS e MENDES, *Controle concentrado de constitucionalidade...*, 2009, p. 598.

³⁴⁴ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 281-282. Resumem Geovany Cardoso Jevaux e Ricardo Gueiros Bernardes Dias o tratamento dado pelo Ministro Gilmar Mendes: “[...] o efeito vinculante das ações de controle concentrado alcança não apenas a parte dispositiva do Acórdão, como também suas razões ou seus fundamentos determinantes, porque a sua concepção na PEC que resultou na EMC n. 3/93 está desde sempre vinculada ao modelo previsto no § 3º da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã [...]” (JEVEAUX, Geovany Cardoso; DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. O controle de constitucionalidade difuso: Uma análise de sua origem e da modulação de seus efeitos no espaço. In: BEÇAK, Rubens; VIÑA, Jordi Garcia. *III Encontro de Internacionalização do CONPEDI*, 1. ed. Madrid: Ediciones Laborum, v. 3, 2015, p. 133).

compreensão se baseia especialmente no modelo alemão. O Tribunal Constitucional Alemão estende a *ratio decidendi* em seus julgados.³⁴⁵⁻³⁴⁶

A extensão subjetiva do efeito vinculante pode ser observada do disposto no artigo 102, § 2º, da Constituição. Determina-se a vinculação à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como aos demais órgãos do Poder Judiciário. Neste ponto, a ADPF se difere. O artigo 10, § 3º, Lei n. 9.882/99, determina o efeito aos demais órgãos do poder público.³⁴⁷

Discute-se sobre a vinculação do STF e de suas turmas aos fundamentos determinantes de suas próprias decisões, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, e como esta seria implementada.

A parte dispositiva da decisão não produz efeitos para sempre, da mesma forma os fundamentos podem ser analisados de acordo com as modificações sociais e da realidade.³⁴⁸ Existem razões de segurança jurídica que, em alguns casos, impedirão a Corte rever suas decisões,³⁴⁹ considerando as eventuais alterações existentes.³⁵⁰

³⁴⁵ Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes expõem a compreensão sobre o efeito vinculante no ordenamento alemão: “Em suma, indaga-se [...] se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta*. [...] a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros. [...] parecia inequívoco o propósito do legislador alemão, ao formular o § 31 da Lei Orgânica do Tribunal, de dotar a decisão de uma eficácia transcendente”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 598-600).

³⁴⁶ Destaca-se ainda o julgamento das ADIs n. 3.406 e n. 3470, a analisar a inconstitucionalidade da Lei n. 3.579 do Estado do Rio de Janeiro, que proíbe a extração, comercialização e utilização do asbestos/amianto em todo o território do Estado. Murilo Teixeira Avelino compreendeu: “[...] entendeu-se que a lei estadual era constitucional ao proibir totalmente a extração, comercialização e utilização do amianto. A razão de decidir foi a inconstitucionalidade da lei federal permissiva. Ora, se a lei federal que *permite* é inconstitucional – e, portanto, deve-se excluir da ordem jurídica – a *competência plena* estadual, bem exercida para proibir totalmente, não afronta qualquer preceito constitucional relativo à competência para legislar sobre a matéria. [...] Deu-se no caso concreto, eficácia vinculante e *erga omnes* à razão de decidir”. (AVELINO, Murilo Teixeira. O que significa “decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”? In: CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji. (coord.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 348-349).

³⁴⁷ FERREIRA, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos...*, 2016, p. 222.

³⁴⁸ SARLET, MARINONI e MITIDIERO, *Curso de direito constitucional...*, 2018.

³⁴⁹ DIMOULIS e LUNARDI, *Curso de processo constitucional...*, 2016.

³⁵⁰ “Embora a Lei orgânica do Tribunal Constitucional alemão não seja explícita a propósito, entende a Corte Constitucional ser inadmissível construir-se aqui uma autovinculação. Essa orientação conta com aplauso de parcela significativa da doutrina, pois, além de contribuir para o congelamento do Direito Constitucional, tal solução obrigaria o Tribunal a sustentar teses que considerasse errôneas ou já superadas”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 602).

O efeito vinculante não alcançaria o Supremo Tribunal Federal e suas turmas, pois haverão casos em que necessitarão mudar sua posição frente a outras situações.³⁵¹ É salutar ao desenvolvimento da Constituição e as matérias a ele atinentes esta compreensão.

Quanto ao momento da eficácia do efeito vinculante, não é correto determinar que seja a partir da origem da norma impugnada. Diante da sentença que declarou a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade teremos o seu termo inicial, sendo assim *ex tunc*. Decorre da sentença que aprecia, não da própria análise da invalidade ou da validade da norma.³⁵²

Observa-se que a vinculação em sede de controle abstrato de constitucionalidade se relaciona, majoritariamente, ao dispositivo do julgamento. Diversamente ocorre quando da análise dos precedentes judiciais.

O elemento vinculante dos precedentes judiciais a ser trabalhado é a *ratio decidendi*. Através da doutrina *stare decisis* se dará o processo no qual os tribunais e juízes de hierarquia inferior deverão aplicar as razões independentemente de sua compreensão contrária.³⁵³

A eficácia do precedente tem a sua caracterização a partir do exame da decisão, através da averiguação das questões fáticas e de direito postas, extraíndo a norma geral e concreta a ser aplicada nos casos futuros. Michele Taruffo critica a distinção entre precedente vinculante e persuasivo como sendo este do sistema *common law* e aquele do *civil law*, “[...] parece bem mais apropriado falar de força do precedente para indicar o grau ou a intensidade com o qual ele consegue influir sobre decisões sucessivas”.³⁵⁴

No *common law*, a tradição de se respeitar as decisões, sob os signos da coerência, estabilidade da ordem jurídica e previsibilidade, tornou a fundamentação importante aos jurisdicionados. Por meio da intenção de criar eficácia obrigatória aos precedentes concedeu-se eficácia vinculante à fundamentação da decisão.³⁵⁵

Neil Duxbury argumenta sobre os juízes do *common law* seguirem os precedentes: “*When judges follow precedents they do so not because they fear the imposition of a sanction, but because precedent-following is regarded among them as correct practice, as a norm, deviation from which is likely to be viewed negatively*”.³⁵⁶

³⁵¹ PAULO e ALEXANDRINO, *Controle de constitucionalidade...*, 2008, p. 139.

³⁵² ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional...*, 2017, p. 67.

³⁵³ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 338.

³⁵⁴ TARUFFO, *Precedente e jurisprudência...*, 2011.

³⁵⁵ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: A sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina: Thoth, 2021, p. 156.

³⁵⁶ DUXBURY, *The nature and authority of precedent...*, 2008, p. 21.

A vinculatividade no sistema *civil law* poderia ser considerada menor, de caráter persuasivo, pois caberia ao julgador apresentar as razões que lhe permitiram chegar a sua conclusão, indicando as justificativas para adoção de determinada regra. Contudo, poderia se chegar ao ponto no qual “[...] a regra é bem mais o emprego casual, confuso, desordenado e tudo somado irracional, de grupos de sentença escolhidas sem nenhum critério, mais ou menos numerosas segundo a paciência do copista ou, atualmente, da rapidez do computador”.³⁵⁷

Independentemente do sistema analisado, a extração da *ratio decidendi* é difícil por solicitar um detido exame do caso. Ao adotar um sistema de precedentes tal atividade é essencial, assim afirma Geoffrey Marshall: “*It seems probable that we need to define with some degree of accuracy and precision what this extracted element (usually called the ‘ratio decidendi’) is and by what means it is extracted will be greatest in legal systems that embody a theory of binding precedent*”.³⁵⁸

No exame dos precedentes, a preocupação da eficácia vinculante é a manutenção e estabilização dos fundamentos das decisões. O papel da fundamentação é privilegiado, impedindo aos órgãos e agentes públicos negar a aplicação de seu resultado. Conclui Luiz Guilherme Marinoni não ser o objetivo “[...] tornar indiscutível ou imutável o dispositivo da decisão, nem tornar indiscutíveis ou imutáveis os fundamentos da decisão em relação às partes, sejam formais ou materiais”.³⁵⁹

Para se diferenciar as decisões judiciais entre as de aplicação do direito e de formação de precedentes precisamos decantar as que possuem o potencial de construir regra para decisões futuras de casos futuros. Desta maneira, somente após o exame da decisão judicial é que será possível se observar se possui esta capacidade.³⁶⁰

A abrangência da eficácia vinculante pode ser verificada de forma gradativa. Gilberto Andreassa Junior constata a possibilidade de a influência: “[...] se dar no Judiciário e na Administração Pública; somente no Poder Judiciário; em determinados órgãos judiciais; ou apenas para os órgãos do tribunal que criou o precedente”.³⁶¹

Hermes Zaneti Jr. observou que o Código de Processo Civil estabeleceu um sistema de precedentes com três graus de vinculação, sem hierarquia entre eles, quais sejam:

³⁵⁷ TARUFFO, *Precedente e jurisprudência...*, 2011.

³⁵⁸ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. London/New York: Routledge, 2016, p. 505.

³⁵⁹ MARINONI, *Eficácia vinculante...*, 2010.

³⁶⁰ FREIRE e FREIRE, *Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro...*, 2014.

³⁶¹ ANDREASSA JUNIOR, *Precedente judicial e colegialidade...*, 2021, p. 107.

precedentes normativos vinculantes, precedentes normativos formalmente vinculantes e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes.³⁶²

Ainda que exemplificativo, o artigo 927 do CPC prevê o rol das decisões de onde poderemos extrair os precedentes com força vinculante. Ademais, por meio da enumeração se direcionou as espécies e a quem se deve observar as decisões, diante da vinculação interna e externa.³⁶³

Diante destas previsões, o efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro foi além do âmbito da jurisdição constitucional. Tal conclusão pode ser observada desde que se concedeu efeito vinculante às decisões do Superior Tribunal de Justiça.³⁶⁴

Lenio Luiz Streck e Igor Ratz criticam o modelo de vinculação proposto, sob o argumento de que estaria resolvida a atividade interpretativa após a criação do precedente. Assim, “[...] o sentido atribuído aos textos normativos pela ‘Corte de Precedentes’ adquire, pela sua autoridade, força vinculante e, ironicamente, essa ‘decisão’ não dependerá de novas interpretações”³⁶⁵, bastaria submeter os casos futuros aos precedentes.

A atividade argumentativa e decisória para a formação ou aplicação de precedentes é complexa, solicita-se construção interpretativa e discursiva da fundamentação de forma encadeada. A subsunção dos fatos a lei poderia ser considerada mais simples, requerendo um trabalho menor.³⁶⁶

Sobre a eventual característica da “enuncialização da jurisprudência”, esta não alcançaria os efeitos buscados pelo instituto dos precedentes. Uma vez não tratar efetivamente da *ratio decidendi*, na verdade “[...] indica um apego demasiado a textos que se pretendem abarcadores de todos os sentidos e de todas as situações fáticas futuras”.³⁶⁷

O Código aderindo ao sistema de precedentes vinculantes requer dos julgadores alteração no modo de decidir. Ao produzirem decisões que possam servir de referência para os outros magistrados e gerando confiança dos jurisdicionados teremos um modelo de interpretação do Direito uno.³⁶⁸

³⁶² ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 350-351.

³⁶³ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p. 469.

³⁶⁴ VIANA, Ulisses Schwarz. O precedente à brasileira: vinculação sem persuasão. In: *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 23, n. 129, Fev./Maio 2021, p. 163. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2220/1373>. Acesso em: 18/07/2023.

³⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. In: *Revista de Processo*, vol. 262, Dez. 2016, p. 379-411.

³⁶⁶ ABOUD, *As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais...*, 2021.

³⁶⁷ CAMBI e HELLMAN, *Jurisimprudência...*, 2014.

³⁶⁸ CUNHA, *Das razões de decidir aos padrões decisórios...*, 2021, p. 157.

Existe o dever de fundamentação dos julgados seguintes ao decidir adequadamente questões similares futuras, diante da formação de um precedente. Necessitará apresentar os fatores elementares para a aplicação, diante das similaridades fáticas e de direito, a superação ou a distinção, através da apresentação das diferenças relevantes entres os casos.³⁶⁹

Diante dos apontamentos ora realizados podemos distinguir o efeito vinculante proveniente das decisões em controle de constitucionalidade, que versam sobre o efeito irradiante do dispositivo. De outro lado, o efeito vinculante dos precedentes judiciais é o que trata sobre a necessidade de se respeitar a *ratio decidendi* dele correspondente. A aplicação de ambos os efeitos podem coexistir e ser aplicados conjuntamente, tal qual previsto.

3.2 A CARACTERIZAÇÃO E CONSTITUIÇÃO DOS PRECEDENTE JUDICIAIS EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Determina o Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 927, inciso I, que deverão os tribunais e juízes observarem as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

Este inciso demonstra a integração da teoria dos precedentes ao nosso ordenamento jurídico. Pelo controle de constitucionalidade temos a análise da validade da norma face à Constituição Federal, seja por via de ação ou incidental. Nos casos de ação o exame realizado pelo Supremo Tribunal Federal fará o confronto entre a norma impugnada e o texto da Constituição.

A partir da distinção entre o efeito vinculante proveniente da decisão em controle abstrato de constitucionalidade, destacado o *erga omnes*, e o efeito vinculante dos precedentes judiciais, podemos observar sua aplicação pela dicção do inciso.

Há de se esclarecer que a atuação dos ministros é sobre a inconstitucionalidade da norma, diante de uma atividade típica do Poder Judiciário. Hermes Zaneti Jr afirma que “[...] a decisão em controle de constitucionalidade concentrado não é o precedente, o precedente é extraído da decisão e serve para os casos-futuros, a decisão é o caso-atual”³⁷⁰.

³⁶⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 237, Nov. 2014, p. 369-401.

³⁷⁰ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 401. Neste mesmo sentido, Lucas Buril de Macêdo: “No controle de constitucionalidade concentrado, a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de determinado dispositivo normativo ou de determinada interpretação dele não é reconhecida no precedente

Respeitando essa diferenciação se evitam consequências negativas, e errôneas compreensões, para o sistema jurídico. Exemplificando, se declarado lei ou ato normativo inconstitucional serão os fundamentos relevantes que levaram a esta conclusão a *ratio decidendi*, não a decisão.³⁷¹

Cristiane Druve Tavares Fagundes entende não haver a formação de precedentes provenientes de decisões em controle concentrado de constitucionalidade. Justifica através da impossibilidade de se dissociar o objeto do precedente da hipótese fática em que foi gerado.³⁷²

O argumento se solidificaria através do entendimento do Supremo Tribunal Federal no qual a eficácia vinculante proveniente destas decisões não se estenderia aos motivos determinantes ou a *ratio decidendi*. Logo, a eficácia neste campo se aplica exclusivamente ao dispositivo do acórdão.³⁷³

Na visão de Michele Taruffo a concretização do caso em análise é circunstância de grande relevo para a caracterização do precedente, pois a partir do paradigma se poderá relacioná-lo com o caso futuro a ser aplicado. Diante disto, “[...] não se compreende o precedente se a interpretação da norma que nele foi aplicada não vem conexa diretamente com a *fattispecie* concreta que foi decidida”.³⁷⁴

O processo de controle de constitucionalidade se caracteriza por ser objetivo, uma vez tecnicamente não possuir fatos em sua constituição, não estando “[...] diretamente vinculado a uma questão de interesse direto das partes”.³⁷⁵ O objeto da ação é a lei ou o ato normativo apontado como incompatível com a Constituição.

Não existiriam fatos substanciais a integrar os fundamentos determinantes da decisão. Ademais, não haveria um conflito factual a ser observado no caso-precedente e que se replicaria nos casos futuros a demandar a utilização de mesma regra jurídica por parte do Supremo Tribunal Federal.³⁷⁶

Ocorre que existe um ponto a ser verificado através do controle de constitucionalidade: os fatos e prognoses legislativos. Durante o processo de construção da lei, os legisladores

judicial, mas no próprio dispositivo da decisão judicial. A constitucionalidade do ato objeto do processo, portanto, não forma precedente obrigatório, mas integra e constitui a própria *decisão*”. (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 373)

³⁷¹ MACÊDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil...*, 2016, p. 373.

³⁷² FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 163.

³⁷³ MAROCCO, Jair Sá; DA COSTA, Rosalina Moitta Pinto. Vinculação a precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF): análise à luz do Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 288, Fev. 2019, p. 423-443.

³⁷⁴ TARUFFO, *Precedente e jurisprudência...*, 2011.

³⁷⁵ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A “objetivação” no processo civil: As características do processo objetivo no procedimento recursal. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 178, Dez. 209, p. 220-226.

³⁷⁶ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 164.

devem antever a repercussão prática do ato. Este exame, especialmente quanto a violação de direitos e garantias fundamentais, é essencial para o reconhecimento da constitucionalidade da norma.³⁷⁷

A prognose é estabelecida na verificação entre a situação fática presente ou passada e a situação de aplicação abstrata da norma. Desta resulta as hipóteses em que a aplicação ocorrerá, estando conjugados com os princípios de experiência, necessários para a configuração da aplicação dos fatos.³⁷⁸

Na verificação dos fatos, interessante a afirmação feita por Gilmar Ferreira Mendes: “Se se constata que a verificação dos fatos levada a efeito pelo legislador é incorreta numa decisão de caráter restritivo, então deverá o Tribunal dispor de outra alternativa que não a da declaração de sua inconstitucionalidade”.³⁷⁹

Será objeto do processo judicial de controle de constitucionalidade a verificação de fatos e prognoses quando a Corte Superior for provocada a examinar a atuação do Poder Legislativo em sua atuação principal.³⁸⁰ É necessário que durante o processo legislativo se observe os fatos que envolvem a lei, bem como os efeitos futuros que podem ser produzidos, a garantir os direitos e as garantias fundamentais.

No entanto, apesar de não possuir um conflito interpessoal e os fatos não serem um ponto de debate, existe nas ações de controle uma discussão de impacto no ordenamento jurídico: o afastamento de norma diante de sua declaração de inconstitucionalidade.

A teoria de precedentes relaciona a teoria e a atividade da interpretação com a aplicação do direito pelos tribunais. Desta forma, a teoria dos precedentes está voltada a ser uma teoria para Cortes Supremas. Dependem destas para garantir a uniformidade da interpretação do Direito e a vinculação aos próprios precedentes formados.³⁸¹

A esta função, Michele Taruffo nomeou de “[...]’nomofilaquia através do precedente’, justamente para indicar que a função típica de uma corte superior é de assegurar o

³⁷⁷ TORRES, João Guilherme Gualberto. *A verificação de fatos e prognoses jurídico-legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, 2018, p. 215. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/10413>. Acesso em: 02/10/2023.

³⁷⁸ AFFONSO, Flavia Martins. O conceito indeterminado de prognose e a Lei 12.401. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 2, n. 129, 2013, p. 13223. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2220/1373>. Acesso em: 02/10/2023.

³⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses pelo órgão judicial. In: *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 8, Jan. 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1063/1047>. Acesso em: 02/10/2023.

³⁸⁰ TORRES, João Guilherme Gualberto. *A verificação de fatos e prognoses jurídico-legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro...*, p. 334.

³⁸¹ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 315.

uniforme respeito à lei através de decisões ‘universalizáveis’ e projetáveis para o futuro”.³⁸²

Daniel Mitidiero distingue as cortes sob a ótica da atividade por cada uma desempenhada. De um lado está as cortes que se preocupariam em realizar o controle da interpretação dos fatos da causa e o direito e fomentar o debate a respeito das possíveis soluções interpretativas, denominadas Cortes de Justiça, tal qual os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça. De outro lado temos as cortes com o papel de interpretar o direito a partir do caso concreto e apresentar a interpretação do direito constitucional e direito infraconstitucional em nosso ordenamento, denominada Cortes Supremas.³⁸³

Com a institucionalização do *stare decisis*, a normatização do sistema de precedentes reafirmou o papel das Cortes em assegurar a uniformidade da interpretação da lei. Cabe aos juízes e aos tribunais a obediência a estas decisões. Configurando-se erro os julgamentos realizados em desconformidade com o entendimento construído,³⁸⁴ ressalvados os casos em que não se aplica o precedente e permitindo a manifestação do julgador de existir posição contrária.

Luiz Guilherme Marinoni ressalta o papel do dissenso ao examinar a atividade da Corte, com o fim de se manter o debate na comunidade jurídica, buscando refinar o precedente. Assim, se a Corte “[...] tem a função de desenvolver o direito, deve deixar absolutamente claro à sociedade as razões pelas quais as normas que são expressas na *rationes decidendi* dos precedentes não contar com a adesão de todos os membros do colegiado”.³⁸⁵

Outro fator relevante é ser a causa de pedir ser limitada à verificação da compatibilidade entre a norma questionada e ao parâmetro de controle. Ao STF se permite considerar argumentos e parâmetros além dos inicialmente apresentados pela parte autora. Denomina-se ser uma causa de pedir “aberta”.³⁸⁶

Comentando o projeto do Código de Processo Civil de 2015, Alexandre Freire e Alonso Freire observaram a ampliação na observância perante as decisões em ações de controle

³⁸² TARUFFO, *Precedente e jurisprudência...*, 2011.

³⁸³ MITIDIERO, *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil Brasileiro...*, 2015.

³⁸⁴ BERTÃO, *Os precedentes no novo Código de Processo Civil...*, 2016.

³⁸⁵ MARINONI, *Julgamento colegiado e precedente...*, 2017.

³⁸⁶ MINAMI, Marcos Youji; PEIXOTO, Ravi; TAVARES; João Paulo Lordelo G. Questão prejudicial, coisa julgada e transcendência dos motivos determinantes nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. In: CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji. (coord.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 255.

concentrado de constitucionalidade. Diante de sua fundamentação é possível que se verifiquem diversas *ratios decidendis*, aplicáveis a todos os órgãos jurisdicionais.³⁸⁷

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira além de afirmar a vinculação as decisões tal qual o constante do inciso, observaram não ser a previsão do Código uma “[...] exigência de respeito à coisa julgada produzida nesses processos, até porque não faria sentido uma previsão como essa [...]”.³⁸⁸

O artigo 26 da Lei n. 9.868/99 e o artigo 12 da Lei n. 9.882/99 preveem a irrecorribilidade e irrevocabilidade das decisões proferidas em ADI, ADC e ADPF. Teori Albino Zavascki aponta que “as sentenças proferidas em ações de controle abstrato de constitucionalidade das normas fazem coisa julgada formal e material, isto é, tornam-se imutáveis e indiscutíveis, não só no processo, como em qualquer outro”.³⁸⁹

Em verificação do que venha a se tratar a coisa julgada deve se distinguir esta e os efeitos da sentença. A eficácia da sentença pode ser observada ainda que antes de ser considerada imutável e embora ainda esteja sujeita a recurso.³⁹⁰

A coisa julgada pode ser examinada através de duas forças: a formal, diante de sua indiscutibilidade; e, a material, que “[...] *reside en sus efectos de constatación, de tal modo que el juez está ligado, en todo proceso futuro que se promueva, a la decisión contenida en la sentencia*”.³⁹¹

Francesco Carnelutti doutrina que se trata da questão resolvida através do processo de cognição, pois “[...] *las cuestiones de fondo juzgadas no sólo son las expresamente resueltas, sino también aquellas cuya solución sea una premisa necesaria para la solución de las primeras* [...]”.³⁹²

Compreende-se a coisa julgada ser uma qualidade especial da sentença diante da não sujeição do ato a recursos e de sua imperatividade. Justifica-se através da observação de seus efeitos a respeito do produto da decisão respectivamente a relação jurídica material, esta ainda que antes e independente do trânsito em julgado.³⁹³

Por pertencer ao direito público, a natureza da coisa julgada é constitucionais, mais precisaente ao direito constitucional, logo afasta a ideia de que “[...] tal instituto estaria

³⁸⁷ FREIRE e FREIRE, *Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro...*, 2014.

³⁸⁸ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil...*, 2016, p. 477.

³⁸⁹ ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional...*, 2017, p. 121.

³⁹⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 48.

³⁹¹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Labor S.A, 1936, p. 387.

³⁹² CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. I. 5. ed. Trad.: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1959, p. 137.

³⁹³ LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada...*, 1984, p. 48.

sujeito ao princípio da supremacia constitucional [...]”.³⁹⁴ Quanto ao seu fim, temos o objetivo de evitar a existência do conflito entre julgados. Através da vinculação dos juízes e impedindo decisão sobre questões já resolvidas (*ne bis in idem*), em funções positiva e negativa, respectivamente.³⁹⁵

Vislumbrando esta conceituação, o Código de Processo Civil traz, em seu artigo 502,³⁹⁶ os efeitos da imutabilidade e indiscutibilidade. Resta claro recair sobre a decisão de mérito, considerado como o limite objetivo tradicional da coisa julgada. No entanto, previram-se situações que permitem a sua extensão.³⁹⁷

Geovany Cardoso Jevaux e Hermes Zaneti Jr. apresentam as disposições do § 12 do artigo 525 e § 5º do artigo 535 impugnação de sentença condenatória de cumprimento de obrigação de pagar quantia certa face a devedores em geral e a Fazenda Pública, respectivamente. O fundamento está baseado na proclamação de inconstitucionalidade pelo STF em sede de controle concentrado ou difuso. Sendo “no primeiro tipo de controle essa matéria também é comumente chamada de *inconstitucionalidade da coisa julgada*, enquanto que no segundo tipo ela tem sido tratada com o nome de *abstrativização do controle difuso* [...]”.³⁹⁸

Observar a relação entre a decisão de inconstitucionalidade com a coisa julgada suscita bastante cuidado. Verificada a inconstitucionalidade teremos a mitigação da intangibilidade da coisa julgada, diante da sentença conter aplicação ou interpretação desconforme à Constituição.

Importante realçar o equívoco constatado por Geovany Cardoso Jevaux quanto a associação do problema a denominação “coisa julgada inconstitucional”. Verificou o problema se localizar na sentença ou no acórdão, pois nestes podem ser verificados a inconstitucionalidade. Propõe ser a nomenclatura correta a de “sentença trânsita em julgado inconstitucional”.³⁹⁹

³⁹⁴ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 304.

³⁹⁵ LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada...*, 1984, p. 66.

³⁹⁶ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna mutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

³⁹⁷ MINAMI, PEIXOTO e TAVARES, *Questão prejudicial, coisa julgada e transcendência dos motivos determinantes nas ações de controle concentrado de constitucionalidade...*, 2019, p. 247.

³⁹⁸ JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle difuso no CPC. In: CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji. (coord.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 226-227.

³⁹⁹ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 299-300 e 305.

Paulo Manuel Cunha da Costa Otero produziu trabalho a respeito do tema. Afirma que o Poder Judiciário não possui nenhum meio de controle de seus atos, face à existência de mecanismos de controle aos outros poderes.⁴⁰⁰

Em sequência, verifica ter a Constituição portuguesa determinado como regra geral o caráter retroativo dos acórdãos que decidiram pela inconstitucionalidade, ainda com força obrigatória geral, adotando a tese da nulidade da norma. Resta como regra que não haverá a destituição da coisa julgada, ainda que eivada a decisão de inconstitucionalidade.⁴⁰¹

No entanto, determina a intangibilidade da coisa julgada diante da ressalva prevista no artigo 282, n. 3, 1ª parte. Regra motivada para beneficiar o jurisdicionado nos casos em que “[...] a garantia da coisa julgada é desbancada pela pronúncia de inconstitucionalidade que, versando sobre norma penal, disciplinar e de mera ordenação social, for mais favorável ao argüido”.⁴⁰²

Ocorre que a Constituição brasileira não prevê norma que proteja a coisa julgada face à inconstitucionalidade. O inciso XXXVI, artigo 5º, protege “[...] enquanto direito individual, da competência ordinária do Legislativo ou de sua competência delegada e extraordinária na reforma da Constituição”.⁴⁰³

A nossa compreensão se filia ao entendimento exposto por Geovany Cardoso Jevaux. A retroatividade da decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado não atingiria as sentenças já transitadas em julgado. A análise é realizada sobre a lei em tese, não podendo desrespeitar os direitos concretos.⁴⁰⁴

Nas ações de controle concentrado, a norma do precedente formada é construída a partir das razões de decidir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, não do dispositivo.⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 31.

⁴⁰¹ OTERO, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional...*, 1993, p. 48-49.

⁴⁰² PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. *O Direito-garantia fundamental da coisa julgada: Coisa julgada injusta e coisa julgada inconstitucional*. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória - FDV, 2006, p. 66. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/59>. Acesso em: 21/07/2023.

⁴⁰³ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 305.

⁴⁰⁴ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição...*, 2015, p. 308.

⁴⁰⁵ Em outras palavras, Hermes Zaneti Jr.: “A decisão em controle concentrado constitui uma decisão para o caso em julgamento (eficácia do caso), mas, na verdade, também a decisão de controle concentrado irá constituir um precedente para casos-futuros (eficácia de precedente)”. (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 342). Também Trícia Navarro Xavier Cabral e Brígida Roldi Passamani: “O Supremo Tribunal Federal exerce uma dupla função de conformação social: a primeira é a de proferir a decisão de mérito que decidirá pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma (ou de suas interpretações) e vinculará a todos a partir do dispositivo da decisão (procedência ou improcedência da ação). A segunda, a de enriquecer a oferta de normas jurídicas no ordenamento, ao reconstruí-lo a partir

Interpretação diversa se mostra incorreta, tanto que Lucas Buril de Macêdo afirma que se “[...] falar em precedente vinculante nas ações concentradas de controle de constitucionalidade para abordar a vinculação dos jurisdicionados à constitucionalidade ou inconstitucionalidade reconhecida é extremamente inapropriado”.⁴⁰⁶

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis defendem esta posição através do enunciado n. 168, ao determinar: “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”. Conforme vem sendo apresentado neste trabalho, ainda que se persista na discussão sobre a que se chamava de eficácia transcendente dos motivos determinantes, o Código finalizou com qualquer problemática. Traz a explicitação da vinculatividade da *ratio decidendi* em ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Buscando realizar a distinção entre a decisão e seus efeitos dos precedentes em controle de constitucionalidade teremos a sistematização proposta. Enquanto cabe a este verificar as razões para o controle, que serão observados em eventuais casos futuros, aqueles eliminaram, reforçaram ou darão a interpretação constitucionalmente adequada.

Rennan Thomaz, Vanderlei Garcia Junior e Clóvis Smith Frota Jr. compreendem a existência de efeitos vinculantes – diferentes – a *ratio decidendi* e ao dispositivo, e este possuiria grau maior de vinculação por autorizar reclamação face a ele. No entanto, estaria se criando um quadro complexo, no qual “[...] as rationes decidendi das decisões proferidas em sede de repercussão geral possuem mais eficácia do que aquelas das proferidas em controle abstrato”.⁴⁰⁷

No tocante ao possível enrijecimento do direito, seja através do efeito vinculante do controle de constitucionalidade ou efeito vinculante dos precedentes, temos que a Corte poderá reapreciar a legitimidade da lei. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes lecionam no sentido de ser possível a reapreciação, caso se constate relevante

da interpretação que acresça conteúdo normativo ao sistema”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier; PASSAMANI, Brigida Roldi. O controle concentrado de constitucionalidade e o precedente normativo no CPC/15. In: CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji. (coord.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 71).

⁴⁰⁶ MACÊDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil...*, 2016, p. 374.

⁴⁰⁷ THAMAY, GARCIA JUNIOR, e FROTA JR., *Precedentes Judiciais...*, 2021. Em contraposição temos as palavras de Gilberto Andreassa Junior e Claudia Maria Barbosa: “Muito ainda se discute com relação à eficácia transcendente dos motivos determinantes, sobretudo no momento em que surge um novo Código de Processo Civil que reconhece explicitamente que a tese afirmada pela decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade produz efeitos vinculantes e que seu desrespeito possibilita a propositura de reclamação”. (ANDREASSA JUNIOR, Gilberto; BARBOSA, Claudia Maria. Teoria dos precedentes e sua incompatibilidade com o sistema deliberativo dos tribunais superiores. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 12, n. 3, 2017, p. 872. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/26773/pdf>. Acesso em: 21/07/2023).

alteração das concepções jurídicas dominantes ou de significativa mudança das circunstâncias fáticas.⁴⁰⁸

Luis Roberto Barroso compreende ser inapropriado impedir a reapreciação da constitucionalidade por parte do STF, anteriormente considerada válida, desde que se apresentem “[...] novos argumentos, de novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei”.⁴⁰⁹

Do mesmo lado, temos o reconhecimento da vinculação do Supremo Tribunal Federal às suas próprias decisões, ainda antes da normatização do sistema de precedentes. No entanto, Georges Abboud ressalta que “[...] essa vinculação não é inexorável diante de mutações jurídicas ou de alterações fáticas significativas; o STF pode afastar ou rever suas decisões, possuindo o ônus da argumentação para tanto”.⁴¹⁰

O procedimento que envolve as discussões a respeito da inconstitucionalidade ou constitucionalidade das ações ainda precisa ser ressaltado. Existe a ampliação do contraditório diante da possibilidade da participação de *amici curiae* e realização de audiências públicas, originariamente. Estamos diante de “[...] uma comparticipação qualificada, subjetivamente ampliada, um dos fatores [...] de aferição da legitimidade democrática e constitucional da eficácia vinculante de padrões decisórios”.⁴¹¹

Temos a relevância do papel dos deveres de fundamentação e a atuação ativa das partes, em respeito ao princípio do contraditório. O impacto da decisão em ações de controle poderá ser enorme, modificando a sociedade e as relações postas, requerendo assim argumentações fortes e robustas a justificarem.

3.3 O PAPEL DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A devida formação do precedente reclama a adequada fundamentação das decisões. Neste momento, deve o magistrado considerar os argumentos apresentados pelas partes. Consequencialmente, os atores do processo devem influenciar diretamente na decisão, diante da comunicação com os fatores apresentados pela parte contrária.

⁴⁰⁸ MARTINS e MENDES, *Controle concentrado de constitucionalidade...*, 2009, p. 591.

⁴⁰⁹ BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...*, 2016.

⁴¹⁰ ABBOUD, Georges. *Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculantes e erga omnes na jurisdição constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 111. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8753/1/Georges%20Abboud.pdf>. Acesso em: 18/07/2023.

⁴¹¹ CÂMARA, *Levando os padrões decisórios a sério...*, 2018.

A Constituição, através do artigo 93, inciso IX,⁴¹² prevê expressamente o dever de fundamentação ao Poder Judiciário. Garante-se legitimidade a atuação jurisdicional, tornando claro os fatores de motivação do julgador e permitindo o controle da decisão.⁴¹³

Trata-se de um corolário do Estado Democrático de Direito, indo além de obrigação do juiz ou tribunal. Considera-se direito fundamental do cidadão, ao ponto de a decisão poder ser considerada nula diante de sua deficiência.⁴¹⁴

Ana Paula de Barcellos afirma a importância e obrigatoriedade da motivação, envolvendo os fatos e o direito questionados, visto que “[...] o dever de motivação é essencial para garantir à parte insatisfeita o direito de recorrer: é indispensável para o exercício desse direito que se saiba quais as razões da decisão, para que se possa apresentar uma impugnação racional a elas”.⁴¹⁵

Diante da institucionalização da doutrina do *stare decisis* houve uma ampliação do contraditório, constituindo exigência do devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro. Essa expansão pode ser observada no contraditório face à formação dos precedentes judiciais e em sua aplicação.⁴¹⁶

Construir o precedente judicial parte da compreensão que as partes têm a garantia de participar da fundamentação final a resolver a situação concreta. Contudo, nesta situação não se construirá apenas uma norma jurídica individualizada, mas, sim, norma jurídica geral.⁴¹⁷ Os argumentos utilizados consubstanciarão a *ratio decidendi* a ser aplicada em casos futuros.

Conferir a participação das partes possibilita maior número de argumentos a serem examinados e considerados durante a formação da decisão, que criará a *ratio*. Além disso, diante dessa robustez na fundamentação, os casos futuros possuirão menores

⁴¹² Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

⁴¹³ LOPES FILHO, Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo..., 2014, p. 409.

⁴¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

⁴¹⁵ BARCELLOS, *Curso de direito constitucional*..., 2018.

⁴¹⁶ MACÊDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil*..., 2016, p. 209. Esta ampliação pode ser observada desde os primeiros artigos do CPC: “O tratamento dado ao contraditório já nas primeiras linhas do CPC tem efeito direto na motivação da decisão judicial, porque se enfatiza o *caráter diálogo* do processo e a compreensão de que a decisão deve decorrer do *diálogo* entre todos os sujeitos processuais”. (CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 651).

⁴¹⁷ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*..., 2016, p. 456.

aberturas, obstaculizando eventual superação (*overruling*) dos precedentes, e elevando a estabilidade e previsibilidade do direito.⁴¹⁸

Mesmo que devidamente fundamentados, ocorrerão casos em que o precedente judicial não serão aplicáveis por particularidades. Esta situação reforça a ampliação do contraditório, pois a *ratio* “[...] se projeta também para todos aqueles que, direta ou indiretamente, tenham relação com a tese jurídica em debate, seja através da figura do *amicus curiae* ou seja por meio da realização de audiências públicas”.⁴¹⁹

Neste sentido, a vedação de decisões surpresas contribuirá para adequada formação e aplicação dos precedentes.⁴²⁰ As partes devem participar na construção da fundamentação sobre qualquer ponto do processo que eventualmente influencie nas razões da decisão. Veda-se ao órgão julgador inovar nos argumentos, protegendo a *ratio decidendi*.⁴²¹

O julgador ao construir a norma obedecerá aos ditames de um devido processo constitucional jurisdicional, fomentado por conceder garantias face ao subjetivismo e decisões arbitrárias. Estabelecem-se diversas regras a serem observadas, especialmente quanto ao princípio do contraditório e a fundamentação das decisões.⁴²²

⁴¹⁸ MACÊDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil...*, 2016, p. 210. Interessante o ponto de Michael J. Gerhardt: “Serving as a modality of argumentation allows precedent to function as the medium through which public authorities, including the Court, recognize the lawfulness of precedent and other modes of constitutional argumentation. Precedent serves as a forum, or testing ground, for arguments based on precedent and other sources”. (GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 148).

⁴¹⁹ FRANCO, *A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil...* 2016, p. 527.

⁴²⁰ 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. Diante da previsão à vedação as decisões surpresas temos que: “o processo civil deve proporcionar todas as chances para que as partes dialoguem, produzam provas e tragam os argumentos necessários para convencer o órgão julgador de que têm razão. O magistrado não pode prescindir de todas as contribuições relevantes das partes e de seus procuradores para a construção dos precedentes judiciais”. (CAMBI, Eduardo; HELLMAN, René Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 657).

⁴²¹ CUNHA, *Das razões de decidir aos padrões decisórios...*, 2021, p. 125. Em afirmação realização durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aponta: “Ora, essa colaboração só se ostenta possível, do ângulo visual das partes, quando sabem elas ou pode saber de que depende, no caso concreto, o ponto de vista do órgão judicial. De modo nenhum, pode-se admitir sejam as partes, ou uma delas, surpreendidas por decisão que se apóie, em ponto decisivo, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido, ou considerada sem maior significado: o tribunal deve dar conhecimento de qual direção o direito subjetivo corre perigo. Permitir-se-á apenas o aproveitamento, na sentença, dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, n. 1, Nov. 1993, p. 181. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/68822/38922>. Acesso em: 11/07/2023).

⁴²² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: Desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 191.

Oportunamente, o Fórum Permanente de Processualistas Civis estabeleceu o enunciado n. 458 previu que: “Para a aplicação, de ofício, de precedente vinculante, o órgão julgador deve intimar previamente as partes para que se manifestem sobre ele”.

Hermes Zaneti Jr. verifica assim maior obrigação de cooperação entre os atores do processo e relação com a redemocratização, consistindo em um dos elementos da “virada cooperativa”, sendo tendência internacional.⁴²³

Após a reforma da ZPO alemã, Barbosa Moreira verificou o reforço sobre a vedação de decisões que versem sobre pontos estranhos as partes. Deveria oportunizá-las a manifestação quanto antes possível, seja durante a audiência ou mediante consignação nos autos.⁴²⁴

Busca-se evitar que decisões sejam tomadas através de conclusões apressadas, equivocadas ou incorretas. Deve o julgador pedir esclarecimento a parte sobre as suas alegações ou pedidos, extirpando a dúvida sobre a qual pairava o ponto em questão.⁴²⁵

Ao mesmo tempo, temos a partir da *American Law Institute – ALI e International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT*, a previsão dos princípios n. 22.2 “*The court may, while affording the parties opportunity to respond:*” e n. 22.2.3 “*Rely upon a legal theory or an interpretation of the facts or of the evidence that has not been advanced by a party*”.

Igualmente temos a determinação da European Law Institute – ELI em que a “*Rule 12 Basis of Court Decisions*” determina: “(1) *In reaching any decision in proceedings the court must consider all factual, evidential, and legal issues advanced by the parties. Court decisions must specifically set out their reasoning concernig substantial issues. (2) The court must not base its decisions on issues that parties have not had an opportunity to address*”.

Por meio do pronunciamento e intervenção das partes evita-se a submissão passiva da definição jurídica da causa por parte do julgador. Além disso, atenua o perigo de o magistrado, em movimento solitário, fundamentar com base em conclusões incorretas.

⁴²³ ZANETI JR., *O valor vinculante dos precedentes...*, 2017, p. 370, nota de rodapé n. 129.

⁴²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 111, Jul./Set. 2003, p. 103-112.

⁴²⁵ DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: Uma apresentação. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 127, Set. 2005, p. 75-79. Neste sentido, temos os ensinamentos de Daniel Mitidiero: “Se contraditório significa direito de influir, é pouco mais que evidente que tem de ter como contrapartida *dever de debate – dever de consulta, de diálogo, inerente à estrutura cooperativa do processo*. Como é de fácil intuição, *não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes*”. (MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 206, Abr. 2012, p. 61-78).

Desta maneira, alcança-se decisões ponderadas e melhor fundamentadas com base no caso concreto.⁴²⁶

O magistrado deve considerar o diálogo processual, através das pautas ou diretrizes apresentadas pelas partes, construindo valor lógico e racional, assim o convencimento não será amplamente livre. A argumentação precisa enfrentar todos os pontos ou questões capazes de influenciar a decisão proferida.⁴²⁷

O permanente diálogo privilegiará a fundamentação das decisões, necessitando de comunicação de ideias para a sua construção. Afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que “[...] o concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa, constitui dado que influi de maneira decisiva na própria extensão do princípio do contraditório”.⁴²⁸

Decisões que não correspondam e contenham o devido esclarecimento das razões e fundamentos utilizados para sua conclusão desrespeitam os princípios constitucionais processuais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Consequentemente prejudica-se a interposição de recurso, por conta do deficit na argumentação.⁴²⁹

Eventualmente, se a corte vier a decidir sem a observância destes apontamentos, teremos uma conclusão frágil, diante de uma visão incompleta da situação. Em momento próximo terá de reanalisar a discussão e acabará por superar ou alterar o precedente formado, gerando instabilidade.⁴³⁰

Mitigou-se o brocardo *iura novit curia*, pelo qual ao juiz caberia conhecer do direito independente da atuação das partes, através da abertura para as partes prazo se manifestarem de questões ainda que conhecíveis de ofício.⁴³¹ Relevante este ponto em uma valorização da realidade externa do processo, deixando de ser um trabalho exclusivo dos magistrados.⁴³²

⁴²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, n. 1, Nov. 1993, p. 180. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/68822/38922>. Acesso em: 11/07/2023.

⁴²⁷ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 656.

⁴²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Editora Síntese, vol. 15, 1998, p. 15. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70385/39893>. Acesso em: 12/07/2023.

⁴²⁹ MADUREIRA, *Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro...*, 2017, p. 180-181.

⁴³⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In: *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, Jul./Set. 2016, p. 28. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/issue/view/106>. Acesso em: 20/07/2023.

⁴³¹ MACÊDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil...*, 2016, p. 210.

⁴³² OLIVEIRA, *A garantia do contraditório...*, 1998.

O sistema de precedentes judiciais aumenta o foco sobre a fundamentação da decisão, especialmente quanto ao papel extraprocessual. A *ratio decidendi* é destinada para a sociedade, enquanto pauta de conduta a ser observada em casos futuros similares.⁴³³

A unidade do Direito ocorrerá diante desta permanente relação entre as partes, a identificação da *ratio decidendi* não poderá ocorrer sem a verificação da relação entre os argumentos e os fatos do processo. Esta verificação também deverá ser utilizada quando há invocação de precedente vinculante a ser aplicável ao caso em discussão.⁴³⁴

Ao ser normatizado sistematicamente, o *stare decisis* requisitou regramento expandindo as possibilidades argumentativas, de modo a qualificar a formação do precedente. Face ao enfrentamento dos pontos apresentados pelos sujeitos processuais se obedecerá ao princípio do contraditório, em sua visão mais moderna.⁴³⁵

O papel do dever de fundamentação, no momento da aplicação dos precedentes judiciais, é observado também no disposto no artigo 489, § 1º, III, IV e V.⁴³⁶ Daniel Mitidiero sintetiza a relevância quando afirma que “não há que se falar em decisão motivada se esta não enfrenta expressamente os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais”.⁴³⁷

Dentro de um sistema processual pautado pelo princípio da colaboração não poderá o órgão jurisdicional surpreender as partes. Desta forma, havendo dúvidas ou antes de decisões, deve o juiz oportunizar as partes de se manifestarem.⁴³⁸

O Fórum Permanente de Processualistas Civis aproveitou para, através do enunciado de n. 469, se manifestar a respeito, no seguinte sentido: “As normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação e sobre a observância somente dos argumentos submetidos ao contraditório são aplicáveis a todo o microssistema de formação dos precedentes”.

⁴³³ FAGUNDES, *Modelo brasileiro de precedentes...*, 2021, p. 226-227.

⁴³⁴ CUNHA, *Das razões de decidir aos padrões decisórios...*, 2021, p. 125.

⁴³⁵ MACÊDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil...*, 2016, p. 210.

⁴³⁶ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] III – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁴³⁷ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 206, Abr. 2012, p. 61-78.

⁴³⁸ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In: In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 675-676.

Requisita-se uma profunda análise dos casos - a que formou a *ratio decidendi* e a qual esta será aplicada - demonstrando efetivamente as razões que levam à aplicação do precedente. Sendo o caso de não aplicação por distinção ou superação do precedente, a argumentação tem relevância ainda maior, pois se darão novos contornos ao precedente afastado.⁴³⁹

Obedecendo ao princípio do contraditório, diante da participação dos sujeitos processuais e garantindo a sua influência sobre o conteúdo da decisão, teremos uma construção normativa efetiva. Logo, “[...] o magistrado constrói, então, a norma geral do caso concreto, na fundamentação do julgado, pesando, tanto quanto possível, todas as circunstâncias postas e o ordenamento jurídico”.⁴⁴⁰

Há a diminuição de decisões vazias de argumentação ou que somente indique jurisprudências, “[...] sem o necessário exercício intelectual de subsunção do fato à solução normativa pela qual optou, e sem que se demonstre, efetivamente às partes interessadas, a *ratio* motivadora da decisão proferida [...]”.⁴⁴¹

Em outra vertente, as partes conseguirão demonstrar os fatos e o direito que são pertinentes ao caso em exame. Diminui as possibilidades de o tribunal analisar questões desnecessárias, uma vez ter se destacado que elas não são pertinentes.⁴⁴²

A manifestação das partes auxiliará nessa atividade, seja desde a indicação do precedente a ser aplicado até a argumentação que possibilitará a formação da *ratio* a ser aplicada a outros casos. O princípio do contraditório ao ser manejado de maneira efetiva, aperfeiçoa o sistema jurídico, possibilitando alcançar a previsibilidade e unidade do direito.⁴⁴³

⁴³⁹ CAMBI e HELLMAN, *Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil...*, 2016, p. 649.

⁴⁴⁰ BARREIROS, *Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade...*, 2016, p. 191.

⁴⁴¹ BELLOCCHI, Márcio. A fundamentação das decisões judiciais e sua natureza (não) discricionária. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 268, Jun. 2017, p. 99-115. Lucas Buril de Macêdo conclui pela ligação direta entre os precedentes judiciais e o dever de fundamentação: “[...] a fundamentação adequada requer a devida consideração dos precedentes judiciais utilizados como argumento, e, ao mesmo tempo, para a utilização dos precedentes é indispensável uma fundamentação substancial, que demonstre quais fatos foram considerados importantes para a decisão e quais as normas aplicadas – seja através da concretização de princípios ou da invocação de regras”. (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 214).

⁴⁴² MELLO e BARROSO, *Trabalhando com uma nova lógica...*, 2016, p. 28.

⁴⁴³ CUNHA, *Das razões de decidir aos padrões decisórios...*, 2021, p. 126-127. Marcelo Veiga Franco explicita a influência do princípio do contraditório modernizado: “O debate jurídico acerta do *thema decidendum* já deve ter sido exaurido em relação a todos os argumentos deduzidos em contraditório pelos interessados, de modo que a *ratio decidendi* do julgado-paradigma é construída com a participação influente dos destinatários do provimento”. (FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 527).

As atividades conjuntas das partes e do juiz é essencial para a produção, aplicação e manutenção do sistema de precedentes, refletindo diretamente na fundamentação das decisões judiciais. Desta maneira, há “[...] uma necessária imbricação entre fundamentação, precedentes e cooperação na construção da decisão judicial, tornando o processo um ambiente democrático e pautado pela previsibilidade para a tutela dos direitos”⁴⁴⁴.

Formado um ambiente democrático, teremos construídos precedentes vinculantes respeitados e robustos. A partir desta construção cooperativa teremos a decisão da qual “[...] se destacará o precedente obrigatório, que, por sua vez, servirá de regra para os julgamentos posteriores; o processo transmuda-se em ambiente democrático de criação de normas, de participação direta”.⁴⁴⁵

Demonstrando fielmente o ora analisado, temos a previsão do § 1º do artigo 927⁴⁴⁶ consagrando a obrigatoriedade de se observar o contraditório quando da aplicação dos precedentes, bem como sua devida fundamentação. Justifica-se, “[...] em respeito ao princípio da cooperação, de modo a se evitar uma transformação do papel do juiz para um simples aplicador de decisões anteriores”.⁴⁴⁷

Ainda que não se tratem de regras perfeitas, quiçá há a possibilidade de elas existirem, o Código de Processo Civil demonstra a relação entre os precedentes e a fundamentação das decisões. Contudo, o procedimento de formação das decisões judiciais é importante, tanto para que se compreenda a *ratio decidendi* quanto a abrangência de sua aplicação.⁴⁴⁸

A doutrina do *stare decisis* tem a capacidade de reforçar e ampliar o contraditório, especialmente através do trabalho de maneira cooperativa entre os sujeitos do processo. Diante deste princípio os precedentes judiciais vinculantes serão mais produtivos, solicitando a ampla fundamentação para a sua formação e sua aplicação.

⁴⁴⁴ PEREIRA, *Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo...*, 2016, p. 676.

⁴⁴⁵ MACÊDO, Lucas Buril de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. In: *Civil Procedure Review*, v. 4, n. 3, Set./Dez. 2013, p. 138. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/61/57>. Acesso em: 19/07/2023.

⁴⁴⁶ Art. 927. [...] § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

⁴⁴⁷ GORGA, *O uso dos precedentes vinculantes no ordenamento brasileiro e sua relação com o direito comparado...*, 2017.

⁴⁴⁸ CARVALHO, *Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação...*, 2015.

3.4 O PROBLEMA SOBRE A ANÁLISE DAS DECISÕES EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Constatada a necessidade de se observar as *ratios decidendi* proferidas em decisões de ações de controle concentrado de constitucionalidade, os olhos têm de se voltar para a construção destas. O modelo colegiado de decisão utilizado pelo Supremo Tribunal Federal não auxilia na criação e compreensão dos precedentes.

Diante deste novo sistema, o STF precisa se adequar na forma como procederá as suas decisões, de modo a apresentar as fundamentações de maneira clara. Contudo, o presente trabalho, a partir da tese de André Rufino do Vale, aspectos da deliberação e o enquadramento ao nosso ordenamento.

No primeiro momento, podemos verificar a forma como a corte decidirá os casos a ela submetidos. No modelo agregativo o resultado da questão se dará pelo somatório dos votos dos julgadores. Neste, há menor interação e concordância entre os membros da Corte, possibilitando maior grau de polarização de entendimentos e decisões.⁴⁴⁹

De outro lado temos o modelo deliberativo, no qual há desenvolvimento interativo discursivo entre os julgadores durante as sessões colegiadas, enquanto fato de legitimação dos poderes conferidos às Cortes Constitucionais. Justifica-se “[...] no contexto da democracia deliberativa, os Tribunais Constitucionais, ao lado dos parlamentos, podem ser considerados como *instituições deliberativas* por excelência”.⁴⁵⁰

Através da deliberação os membros do colegiado trabalham conjuntamente para a formação da decisão, apresentando seu ponto de vista e analisando os divergentes, na busca da melhor resolução. Assim, “acredita-se que as decisões que são fruto de deliberação tentem a ser mais moderadas, em razão do confronto entre diferentes visões do problema submetido ao tribunal e de um esforço de acomodação das preocupações que elas suscitam”.⁴⁵¹

A realização da extração da *ratio decidendi* verificará a forma o modelo adotado e como fora construída a decisão. As discussões são importantes para se compreender o

⁴⁴⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: Um tribunal de teses. In: *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, vol. 21, n. 3, t. 2, Set./Dez. 2019, p. 450. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo2/revista_v21_n3_tomo2_443.pdf. Acesso em: 25/07/2023.

⁴⁵⁰ VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional* – Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília em regime de cotutela com a Universidade de Alicante, Espanha, 2015, p. 95. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf. Acesso em: 25/07/2023.

⁴⁵¹ MELLO, *O Supremo Tribunal Federal...*, 2019, p. 449-450.

alcance, e “[...] uma vez que ‘outros’ fundamentos, no sentido de não discutidos, permitem à Corte voltar a tratar da questão de direito, a descrição dos fundamentos que efetivamente foram objeto da deliberação é fundamental para saber quando se está diante de um ‘outro’ fundamento [...]”.⁴⁵²

Em relação a terceiros terem a possibilidade de acompanhar o processo decisório, temos os modelos deliberativos internos ou fechados e externos ou abertos. No modelo interno ou fechado não há acompanhamento de terceiros, ocorrendo a sessão exclusivamente na presença dos membros da corte. Patrícia Perrone Campos Mello, diante dessa ausência de outras partes, verifica que os julgadores “sentem-se mais à vontade para mudar de posição. Têm menos preocupação com sua própria performance ou com criar uma imagem positiva para um público mais amplo”.⁴⁵³

Este modelo é adotado pela maioria dos órgãos judiciais colegiados europeus, como França, Alemanha, Itália, entre outros. Ocorre a deliberação em uma sala especial na sede do tribunal, reunindo-se exclusivamente os julgadores para debater os diversos temas.⁴⁵⁴

Contrastando com o modelo anterior, o aberto ou externo determina que o processo decisório será acessível ao público, podendo fazer o acompanhamento das audiências, por exemplo. Em virtude deste fato os membros do colegiado se comunicarão especialmente com quem está acompanhando a sessão. Há maior dificuldade na deliberação e, conseqüentemente, nas mudanças e acomodações de posição.⁴⁵⁵

Trata-se de ambiente singular de deliberação diante da ampla abertura, a liberdade de acesso e a presença de qualquer pessoa que tenha interesse em acompanhar a sessão.⁴⁵⁶

A respeito da forma de expressar a decisão, podemos classificar os seguintes modelos: *per curiam*, *majoritarian practice* e *seriatim*. O modelo da *majoritarian practice* se apresenta como o moderado entre os elencados.

⁴⁵² MARINONI, *Julgamento colegiado e precedente...*, 2017.

⁴⁵³ MELLO, *O Supremo Tribunal Federal...*, 2019, p. 450.

⁴⁵⁴ André Rufino do Vale identifica dois requisitos básicos para a configuração do modelo: “1) a deliberação entre os magistrados deve ocorrer apenas no interior do tribunal, sem a presença do público ou mesmo das partes e de seus advogados; 2) os debates entre os magistrados ocorridos nas sessões de julgamento ou em outros momentos de deliberação interna devem ser guardados em segredo absoluto”. (VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional* – Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília em regime de cotutela com a Universidade de Alicante, Espanha, 2015, p. 99. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf. Acesso em: 25/07/2023).

⁴⁵⁵ MELLO, *O Supremo Tribunal Federal...*, 2019, p. 450-451.

⁴⁵⁶ VALE, *Argumentação Constitucional...*, 2015, p. 105.

A Suprema Corte estadunidense adota este modelo. Colhe-se os votos individuais dos membros do colegiado e diante da maioria em determinado sentido, haverá a deliberação para se definir a *ratio decidendi*. Apresenta-se o entendimento institucional quanto a decisão e os fundamentos. Agrega-se ao final os entendimentos minoritários, estando a redação sob responsabilidade do membro mais antigo aos que se filiaram a maioria.⁴⁵⁷

Maria Angeles Ahumada Ruiz afirma que “*como punto de partida, el tribunal aspira al acuerdo y, en la medida de lo posible, a la unanimidad, pero ninguna regla [...] limita el derecho del juez a expresar su opinión aparte*”.⁴⁵⁸

A partir da apresentação institucional dos resultados da deliberação teremos a decisão *per curiam*. Esta se dá diante da decisão conjunta da Corte, anunciando o resultado da votação. Há a despersonalização dos julgadores fortalecendo a figura da instituição, pois se verificará através da votação unânime ou por maioria.⁴⁵⁹

Há a busca por parte da Corte pelo consenso sobre os fundamentos e o dispositivo, independente da unanimidade. Um juiz relator apresenta os fundamentos para que se realize os debates e se alcance o consenso. O que se almeja é tentar alcançar um voto-médio entre os integrantes da Corte, pois “[...] *obviously a judge who seeks consensus decides differently when deciding together than she would decide were she deciding alone*”.⁴⁶⁰

Visualizadas as características deste modelo é possível se concluir que, em tese, seria relativamente mais simples identificar as teses e fundamentos adotados como argumentação para a decisão. Portanto, a *ratio decidendi* seria alcançada com menos complexidade.⁴⁶¹

A decisão seria publicada na linha decidida pela Corte, sendo atingido o resultado por sua unanimidade ou maioria. Consta-se “[...] uma única fundamentação jurídica que delimite e condense as razões de decidir do tribunal, e uma parte dispositiva que apresente o resultado da deliberação e, portanto, a decisão do órgão colegiado”.⁴⁶²

⁴⁵⁷ KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. In: *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, vol 1, n. 1, 2015, p. 55-56. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/10/17>. Acesso em: 10/07/2023.

⁴⁵⁸ RUIZ, Maria Angeles Ahumada. La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional. *Rationes decidendi* em la STC 136/1999. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 58, año 20, Enero/Abril 2000, p. 155-188.

⁴⁵⁹ PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, vol. 18, n. 2, Maio/Ago. 2017, p. 217. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/941/pdf>. Acesso em: 25/07/2023.

⁴⁶⁰ KORNHAUSER, *Deciding together...*, 2015, p. 55-56.

⁴⁶¹ MELLO, *O Supremo Tribunal Federal...*, 2019, p. 451.

⁴⁶² VALE, *Argumentação Constitucional...*, 2015, p. 109.

O modelo *per curiam* pode se demonstrar de difícil aplicação em casos complexos. Diante de pontos de vista muito díspares e fundamentos variados se alcançar um consenso se torna atividade dificultosa. Ademais, pela falta de perspectiva e demora em se chegar a resultados, se prolongará o processo e corre-se o risco de se ter um resultado que trará complicações para sua aplicação pelas instâncias inferiores.⁴⁶³

Em contraste, existem as decisões que são produzidas a partir da agregação das posições individuais de cada membro do colegiado, diante da exposição em série na composição de um texto, dá-se então o modelo de decisão *per curiam*.⁴⁶⁴

Não há uma interação direta entre os julgadores na construção da fundamentação, privilegiando-se a opinião de cada julgador. Através da apresentação do voto individual, o julgador tem a intenção de seu entendimento prevaleça perante os demais membros.⁴⁶⁵

Este modelo é historicamente relacionado aos tribunais colegiados do sistema *common law*, especialmente a *House of lords*,⁴⁶⁶ “[...] cujas sessões deliberativas ficaram caracterizadas pelo pronunciamento em ‘em série’ (*seriatim*) dos discursos (*speech*) individuais de cada juiz, os quais eram dessa forma consignados nos textos das decisões destinados à publicação (*published reports*)”.⁴⁶⁷

Este modelo torna a compreensão do entendimento adotado mais complexa, inviabilizando a verificação da *ratio decidendi*. Portanto, apesar da colegialidade, não se reconhecerá o modo de formação da decisão, o que poderá impossibilitar a produção do precedente. Os tribunais inferiores e a própria Corte aplicará a argumentação se entender efetivamente o seu alcance.⁴⁶⁸

Patrícia Perrone Campos Mello é categórica ao afirmar que o Supremo Tribunal Federal adota um modelo de decisão agregativo, *seriatim* e externo. Há pouco contato prévio entre os membros, visto que normalmente já chegam às sessões plenárias com seus votos individuais prontos.⁴⁶⁹

⁴⁶³ RUIZ, *La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional...*, 2000, p. 169; PANUTTO, *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil...*, 2017, p. 217.

⁴⁶⁴ VALE, *Argumentação Constitucional...*, 2015, p. 115.

⁴⁶⁵ PANUTTO, *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil...*, 2017, p. 215.

⁴⁶⁶ RUIZ, *La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional...*, 2000, p. 157.

⁴⁶⁷ VALE, *Argumentação Constitucional...*, p. 115-116, 2015. Corroborando: “English courts follow a *seriatim* practice in which one judge on the court announces the disposition of the case and then each judge provides reasons for her dispositional vote”. (KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. In: *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, vol 1, n. 1, 2015, p. 55-56. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/10/17>. Acesso em: 10/07/2023).

⁴⁶⁸ MELLO, *O Supremo Tribunal Federal...*, 2019, p. 451-452.

⁴⁶⁹ MELLO, *O Supremo Tribunal Federal...*, 2019, p. 453-454.

Encerrada a fase de instrução processual e sendo remetido para julgamento colegiado, acaba que cada Ministro se prepara de forma solitária na preparação de seu voto. O Ministro Relator preparará o relatório e as argumentações fáticas e jurídicas do caso. Igualmente ocorre com os demais membros em seus votos. Ainda que, excepcionalmente, possam existir conversas prévias entre os integrantes.⁴⁷⁰

O problema desta característica reside na construção de fundamentações completamente dissociadas uma das outras. A não existência de diálogo entre os pares e o contraditório pleno com as partes direcionam a argumentos individuais e que tornam a construção de precedentes complexa.⁴⁷¹

Criticando este modelo, Peter Panutto entende a necessidade de haver mudança quanto a forma. Não seria o melhor caminho o Ministro chegar com o voto pronto a sessão, permitindo apenas a adesão ou rejeição, “[...] o relator deveria convidar à discussão para a efetiva votação em colegiado, para o pleno debate dos fundamentos e futura definição da *ratio decidendi*”.⁴⁷²

Quanto ao modelo de deliberação, o Supremo Tribunal Federal se utiliza do *seriatim*.

Através dos votos elaborados por Ministro, individualmente, seus votos orais e os eventuais debates realizados em sessão plenária se compõem os acórdãos da Corte.⁴⁷³

Em geral, as decisões podem somar centenas de páginas.

Este, contudo, não propicia a discussão a respeito das argumentações e interpretações sobre os fatos e o direito da causa, como se não influenciassem no resultado final. Ocorre que “[...] a discussão em colegiado não pode mais ignorar as diretivas interpretativas e os valores, fingindo não ver a sua incidência no curso do raciocínio decisório e na determinação do conteúdo da decisão”.⁴⁷⁴

A ordem de votação é determinada pelo Regimento Interno da Corte, a qual é observada e respeitada pelo Presidente. Inicialmente, cabe ao Ministro Relator proferir seu voto. Em

⁴⁷⁰ VALE, *Argumentação Constitucional...*, 2015, p. 240-241.

⁴⁷¹ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 167.

⁴⁷² PANUTTO, *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil...*, 2017, p. 215. Luiz Guilherme Marinoni aponta a relevância do momento da construção da decisão: “Igualmente tem importância perceber que, depois do desenvolvimento da discussão voltada à decisão, proclama-se a decisão e a *ratio decidendi*. Não custa lembrar que a decisão do julgamento colegiado nem sempre deriva de um fundamento compartilhado por todos os membros do colegiado. O raciocínio de proclamação da decisão e da *ratio decidendi* tem dois níveis bem distintos: um mediante o qual se objetiva definir a solução conferida ao recurso; outrm em que a preocupação é definir se os votos propiciam a elaboração de *ratio decidendi*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 264, Fev. 2017, p. 357-394).

⁴⁷³ MELLO, *O Supremo Tribunal Federal...*, 2019, p. 455.

⁴⁷⁴ MARINONI, *Julgamento colegiado e precedente...*, 2017.

sequência, segue-se a ordem do Ministro mais novo ao mais antigo, com o objetivo de que estes últimos decidam a causa.

Face as eventuais vantagens ou desvantagens dessa ordem, a forma de deliberação não auxilia na construção da decisão. Não se vislumbra a formulação de fundamentações de modo a se atingir espécie de concordância entre os membros.⁴⁷⁵ Para a verificação da *ratio decidendi* tal fórmula torna a atividade hercúlia.

Discute-se ainda sobre a possibilidade de algum tipo de influência dos votos iniciais sobre os subsequentes. Esta tendência pode se acentuar nos casos em que se encaminha o prevailecimento de determinada tese, especialmente. José Carlos Barbosa Moreira indica ser “[...] fora de dúvida que os primeiros votos proferidos – independentemente, em certa medida, da solidez dos argumentos em que se apóiem – costumam exercer maior influência sobre o sentido da deliberação do que os proferidos mais para o fim”.⁴⁷⁶

Uma mudança no procedimento de votação se faz necessária para que ocorra a devida criação de precedentes em decisões do Supremo Tribunal Federal. No atual cenário, em casos complexos, cada Ministro apresenta seu voto e finalizada a sessão plenária chega-se ao resultado, sem deliberação colegiada. Assim, ainda que o resultado seja unânime, há a possibilidade de cada voto possuir fundamentação independente sem relação com os demais. Nos casos mais simples, nos quais os demais membros apenas acompanham o Relator, a falta de deliberação acaba por não trazer os contornos a robustecer o precedente.⁴⁷⁷

O modelo *per curiam* se adequaria melhor a proposta de que as decisões e fundamentações devem ser construídas de maneira cooperativa. No entanto, é necessário que se construa o caminho para esta mudança, não sendo saudável a adoção sem prévia justificção.⁴⁷⁸

Um passo dado foi a votação das teses, introduzida entre 2013 e 2014, pelo Supremo Tribunal Federal. Apesar de os Ministros continuarem a votar individualmente e se chegar

⁴⁷⁵ VALE, *Argumentação Constitucional...*, 2015, p. 265. Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes ressaltam essa dificuldade: “No modelo *seriatim*, há uma soma *em série* dos votos de cada Ministro, resultando em um acórdão não raras vezes obscuro no que seriam seus motivos determinantes, em que o entendimento fixado e as razões par tanto não ficam tão evidentes, advindo, assim, muito mais em um amálgama de posições individuais do que algo próximo a uma postura do Tribunal enquanto instituição de Estado, como tende a ocorrer nos países que adotam um modelo de julgamento *per curiam*”. (ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Da monocratização à deferência ao Plenário: Um ensaio sobre os critérios para a concessão de medidas liminares no controle abstrato de constitucionalidade. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 312, Fev. 2021, p. 19-35).

⁴⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 75, Jul./Set. 1994, p. 7-25.

⁴⁷⁷ PANUTTO, *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil...*, 2017, p. 208-209.

⁴⁷⁸ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 178.

ao resultado de forma agregativa, através deste procedimento a Corte determinará a tese com o entendimento que serviu de base a maioria. Não se reduz a importância de todos os fatores individuais e coletivos a formulação da decisão. Ademais, não resolve o problema da falta de deliberação entre os membros, pois esta pressuporia a contribuição não solução final.⁴⁷⁹

No entanto, ao se observar todos os movimentos realizados, é possível se afirmar que existe apontamentos em direção ao modelo *per curiam*.

Constitucionalmente está previsto que adotamos o modelo externo de decisão judicial, determinando que todos os julgamentos devem ser públicos. O Supremo Tribunal Federal e os demais órgãos do Poder Judiciário adotam uma ampla publicidade. A amplitude cresceu diante das transmissões das sessões plenárias pela TV Justiça, a partir de 2002, atingindo um número indeterminado de pessoas acompanhando em tempo real ou posteriormente as atividades da Corte.⁴⁸⁰

Questiona-se a existência de certa influência no comportamento dos Ministros a hiperpublicidade das sessões, diante do receio sobre a sua imagem e avaliação produzida a seu respeito. Além disso, “eventuais mudanças de entendimentos ou acomodações de julgamentos podem ser mal compreendidas e constituir um risco que precisa ser evitado”.⁴⁸¹

“Uma coisa é julgar em local tranqüilo, propício à reflexão, imune a burburinhos capazes de distrair a atenção dos votantes; outra é ter de formar convicção sobre questões não raro difíceis e complexas em atmosfera buliçosa, conturbada [...]”,⁴⁸² assim é inquestionável a repercussão da publicidade adotada.

Outro ponto é a análise de que as transmissões gerariam controle das atividades da Corte (*accountability*). Há uma diminuição do campo da deliberação, já tão mitigada. A mudança de opinião por um membro da Corte se tornará ainda mais difícil, especialmente em casos complexos e polêmicos.⁴⁸³

Diversos os aspectos que influenciam e dificultam a formação e aplicação dos precedentes judiciais advindos de decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Cabe ao Supremo Tribunal Federal adequar as suas decisões de modo a propiciar a identificação da *ratio decidendi*.

⁴⁷⁹ MELLO, *O Supremo Tribunal Federal...*, 2019, p. 456-457.

⁴⁸⁰ VALE, *Argumentação Constitucional...*, 2015, p. 229-230.

⁴⁸¹ MELLO, *O Supremo Tribunal Federal...*, 2019, p. 455.

⁴⁸² MOREIRA, *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado...*, 1994.

⁴⁸³ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 179-180.

Ao que toca a publicidade dos julgamentos, temos que nos preocupar também com os julgamentos realizados em plenário virtual. Apesar de trazer grau de celeridade, face a dificuldade na montagem da pauta de julgamento das sessões plenárias, existem características que dificultam ou impossibilitam a formação de precedentes.

3.5 HÁ FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES EM JULGAMENTOS OCORRIDOS EM PLENÁRIO VIRTUAL?

A atividade deliberativa para os julgamentos em sessões plenárias se mostra bastante reduzida. Desta forma, é importante o movimento para que se chegue a construção de fundamentos a solidificar e clarificar os precedentes judiciais.

Ocorre que precisamos cuidar das atividades realizadas em sessões através do plenário virtual. Este possui características peculiares que, tal como se apresenta, pode tornar a construção de precedentes ainda mais dificultosa. A forma deliberativa praticada na construção de decisões e acórdãos não auxilia na observação de seu conteúdo.

Promovendo reforma no Poder Judiciário, a Emenda Constitucional de n. 45/2004 determinou transformações em sua organização, bem como introduziu a garantia do direito à duração razoável do processo e a criação da súmula vinculante. Além destas importantes contribuições apresentou uma nova regra: a exigência da demonstração de repercussão geral, para a admissibilidade de recursos extraordinários.⁴⁸⁴

A Emenda Regimental n. 21/2007 apresentou mecanismo de votação eletrônica, sem possuir denominação ou procedimento de sessão de julgamento específico.⁴⁸⁵ Assim, deu-se a instituição do Plenário Virtual,⁴⁸⁶ sendo encarado como mecanismos a auxiliar no enorme volume de processos submetidos ao pleno e as turmas, concentrando-se a Corte nas decisões mais importantes.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ COSTA, Alexandre Araújo; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha. O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal: Evolução das formas de julgamento e periodização. In: *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 8, n. 1, 2022, p. 65. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/666/770>. Acesso em: 27/07/2023.

⁴⁸⁵ GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: Colegialidade formal e déficit de deliberação. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 12, n. 1, 2022, p. 279. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/8147/pdf>. Acesso em: 27/07/2023.

⁴⁸⁶ Aline Regina das Neves e Eduardo Cambi conceituam: “O plenário virtual consiste na votação digital, por parte dos ministros, das matérias submetidas à sua apreciação, tornando despiciendas as sessões, antes, destinadas a tal finalidade”. (NEVES, Aline Regina das; CAMBI, Eduardo. Processo e tecnologia: Do processo eletrônico ao plenário virtual. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 986, Dez. 2017, p. 87-110).

⁴⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: Condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. In: *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, vol. 1, n. 1, Jan./Jun. 2021, p. 52. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/17/14>.

A dinâmica dos julgamentos a respeito da repercussão geral em Plenário Virtual se inicia com a manifestação do Ministro Relator apresentando o seu entendimento sobre o caso. Realiza-se a avaliação sobre a questão ser ou não de relevante interesse econômico, político, social ou jurídico. Após, os demais membros do colegiado terão o prazo de vinte dias para se posicionar; e, em caso de abstenção entendia-se como favorável à ocorrência de repercussão.⁴⁸⁸

A partir de diversas emendas regimentais a competência do Plenário Virtual foi sendo expandida, entre outras mudanças procedimentais. Em 2016, permitiu-se o julgamento de agravos regimentais e embargos de declaração, além da alteração do prazo de manifestação para cinco dias. Em 2019, regulou-se o julgamento de processos em listas, incluindo o julgamento em ambiente virtual de diversos procedimentos. Exemplificativamente temos o *referendum* de medidas cautelares e de tutelas provisórias, e medidas cautelares em ações de controle concentrado.⁴⁸⁹

Ocorre que em 2020 passamos por uma pandemia global, motivada pela infecção do COVID-19, determinante pela alteração de diversos procedimentos nas mais diversas searas do relacionamento humano. Como não poderia ser diferente, o Poder Judiciário precisou se adaptar a realidade imposta.

O Supremo Tribunal Federal editou a Emenda Regimental n. 53/2020, que permitiu a universalização do Plenário Virtual. Desta maneira, todos os processos de competência da Corte poderiam ser submetido ao ambiente virtual para julgamento, além de prever a possibilidade de sustentação oral e a convocação de sessões extraordinárias virtuais.⁴⁹⁰

Uma mudança foi acolhida, após as primeiras sessões em Plenário Virtual essencial para a análise das fundamentações: a disponibilização dos relatórios e votos durante a sessão. Destarte, os advogados teriam a possibilidade de apresentar memoriais esclarecendo as questões de fato ou de direito verificadas no transcurso do julgamento.⁴⁹¹

Acesso em: 27/07/2023.

⁴⁸⁸ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 154.

⁴⁸⁹ PASSOS, Hugo Assis; SANTOS, Cleopas Isaías; OLIVEIRA, João Rafael de. A ampliação de competência do Plenário Virtual no Supremo Tribunal Federal no cenário da crise de saúde gerada pelo COVID 19. In: *IDP Law Review*, vol. 1, n. 1, 2021, p. 262. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5396/2087>. Acesso em: 27/07/2023.

⁴⁹⁰ COSTA e PEDROSA, *O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal...*, 2022, p. 70.

⁴⁹¹ GODOY e ARAÚJO, *A expansão da competência do Plenário Virtual do STF...*, 2022, p. 281-282. Corroborando o afirmando, temos a contextualização de Gilberto Andreassa Junior: “Ademais, até a *Emenda Regimental nº 54* era perfeitamente possível que os magistrados deixassem de se manifestar com o intuito de não expressar publicamente sua posição acerca do tema, ainda que a omissão fosse considerada como votação positiva”. (ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Precedentes judiciais e colegialidade: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 155).

Alexandre Araújo Costa e Maria Helena Martins Rocha apresentaram a ampliação do Plenário Virtual, que pode ser examinada em etapas. A fase recursal, da Emenda Regimental n. 51/2016 até a 52/2019, em que o ambiente era voltado para o julgamento de agravos de instrumento e embargos de declaração; a fase intermediária, iniciada pela Emenda Regimental n. 52/2019 até a 53/2020, possibilitando o de matérias com jurisprudência dominante e medidas cautelares; e, a fase universal, após a Emenda Regimental n. 53/2020, permitindo o julgamento de quaisquer processos de competência da Corte.⁴⁹²

Permitiu-se nova forma de tramitação de processos nos tribunais, através de um meio de gestão eletrônico. Por meio da criação de pautas virtuais, os membros da Corte podem ver e votar previamente, diminuindo a sobrecarga sobre as pautas de sessões de julgamento presenciais.⁴⁹³

A construção da pauta de julgamentos possui distinção com a do ambiente físico, para a realização da sessão plenária. No ambiente virtual, os julgamentos vão sendo iniciados de acordo com a liberação e colocação na lista por seu respectivo relator, mitigando o papel do presidente.⁴⁹⁴

Diante das evoluções verificadas e das solicitações sociais, o Plenário Virtual se tornou um ambiente de julgamento incontestável do Supremo Tribunal Federal. Ademais, ampliou-se o prazo de manifestação dos Ministros para seis dias úteis e se retirou o computo da ausência de manifestação como aderência ao voto do relator.⁴⁹⁵

No entanto, o modelo atual de ambiente virtual de julgamento aceita questões que precisam ser pormenorizadas e discutidas, especialmente no âmbito da formação de precedentes judiciais vinculantes. Apesar da possibilidade de destaque de discussões de grande repercussão social, os casos que lá permanecerem gozam do mesmo grau de atenção diante de sua possível extensão.

Através da instituição do Plenário Virtual percebeu-se que os Ministros apenas publicam suas posições e, eventualmente, seus votos. Não se verifica a existência de forma de debate ou troca de informações entre os membros. Tal ponto se observa diante do

⁴⁹² COSTA, Alexandre Araújo; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha. O controle concentrado no Plenário Virtual do STF: Perfil das sessões de julgamento e perspectiva de perenidade. In: *Suprema - Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, vol. 3, n. 1, Jan./Jun. 2023, p. 141. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/175/90>. Acesso em: 27/07/2023.

⁴⁹³ EÇA, Vitor Salino de Moura. Plenário Virtual: Compreensão e manejo no ambiente judicial. In: *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: RT, vol. 212, Jul./Ago. 2020, p. 349-362.

⁴⁹⁴ SILVA, *Pauta, público, princípios e precedentes...*, 2021, p. 52.

⁴⁹⁵ PEREIRA, João Sergio dos Santos Soares; VALE, Luís Manoel Borges do. A formação concentrada de precedentes no STF e o julgamento no plenário virtual: Dilemas e perspectivas. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 329, Jul. 2022, p. 371-385.

reconhecimento de ser a sessão plenária o local adequado para a tomada de decisões sobre questões complexas e com deliberação “aprofundada”.⁴⁹⁶

Desde a universalização do ambiente virtual já se questiona a prática deliberativa da Corte nos julgamentos lá inseridos. Virgílio Afonso da Silva aponta que se tratava das maiores transformações da atividade deliberativa do STF, pois “a interação entre ministros, que já não era intensa nos ambientes físicos e presenciais, é prática inexistente no plenário virtual. A fragmentação argumentativa e decisória tende a ficar ainda mais aguda”.⁴⁹⁷

Ao se permitir que cada Ministro apresente seu voto virtualmente, dentro de lapso temporal determinado, houve a mitigação dos debates simultâneos que eventualmente ocorrem em sessão plenária presencial. Diminui-se a possibilidade dos debates sobre as questões decididas, ainda que menos complexas. Os membros da Corte não contribuiriam para a construção e aprimoramento dos fundamentos das decisões do Supremo,⁴⁹⁸ diante da filiação ao voto do Ministro Relator.

Observando-se os casos de exame de controle de constitucionalidade por via de ação, a falta de deliberação impactará diretamente seja parcela da sociedade – e após a construção de precedente – seja sua totalidade. Miguel Gualano de Godoy e Eduardo Borges Espínola Araújo constataam que tal atividade infringe “[...] o exercício da ampla defesa e do contraditório pelas partes e reforça a tendência do Tribunal em insistir em mecanismos decisórios que, em nome da rapidez, privilegiam a atuação individual e individualista dos ministros”.⁴⁹⁹

Face a quebra da colegialidade, estaríamos diante de uma verificação simples da somatória dos votos dos Ministros. Corre-se o risco de não haver deliberação ou que não fique claro quais os fundamentos foram essenciais para a conclusão sobre o julgamento.

Diante de “[...] um tribunal que não delibera, não debate, não apresenta razões contrapostas, que, enfim, não dialoga entre seus diversos membros na tentativa de chegar a melhor decisão possível. Um colegiado que decide pela mera soma das posições individuais [...]”⁵⁰⁰ não corresponderia a ideia do colegiado deliberativo. Ainda

⁴⁹⁶ ADAMY, Pedro. Plenário Virtual em matéria tributária – Déficit deliberativo e violações constitucionais. In: *Revista Direito Tributário Atual*, n. 46, 2020, p. 524. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/11113>. Acesso em: 27/07/2023.

⁴⁹⁷ SILVA, Pauta, público, princípios e precedentes..., 2021, p. 52.

⁴⁹⁸ PEREIRA e VALE, *A formação concentrada de precedentes no STF e o julgamento no plenário virtual...*, 2022.

⁴⁹⁹ GODOY e ARAÚJO, *A expansão da competência do Plenário Virtual do STF...*, 2022, p. 283.

⁵⁰⁰ ADAMY, *Plenário Virtual em matéria tributária...*, 2020, p. 525.

que o Supremo Tribunal Federal não tenha alto grau de deliberação entre os membros, o Plenário Virtual o torna quase inexistente.⁵⁰¹

A ideia da colegialidade é a de que as ações sejam submetidas a “[...] exames sucessivos, como garantia de boa solução, pois há maior probabilidade de acerto decorrente da submissão dos pronunciamentos judiciais ao crivo da revisão de uma segunda reflexão [...]”.⁵⁰² Diante da mera concordância em direção à determinada posição, não se realizará este exame e, portanto, se afastará do determinado pelo princípio.

Miguel Gualano de Godoy e Eduardo Borges Espínola Araújo destacam características do Plenário Virtual: “[...] prevalência do voto do relator, julgamentos por amplas maiorias, poucos pedidos de vista, baixo índice de aceitação dos pedidos de destaque feitos pelos advogados e uma certa mitigação do poder de agenda do Presidente do STF em favor dos relatores”.⁵⁰³

O Plenário Virtual traz benefícios aos trabalhos do Supremo Tribunal Federal, diante do seu funcionamento de vinte e quatro horas e possibilidade de acesso remoto. Auxilia no aumento do número julgamento de ações, diante da limitação temporal das sessões presenciais.⁵⁰⁴

De outro lado, tem aspectos negativos que devem ser repensados e revistos, como desobrigação de os membros apresentarem os motivos pelos quais entenderam por determinado voto.⁵⁰⁵

Deve o Supremo Tribunal Federal rever o sistema com o objetivo de possibilitar a troca de argumentos e no convencimento diante da manifestação dos outros membros, face ao tempo para apresentação de seus votos.⁵⁰⁶ Há de se privilegiar a deliberação e mitigar o

⁵⁰¹ Alexandre Araújo Costa e Maria Helena Martins Rocha Pedrosa apontam o questionamento a respeito do Plenário Virtual: “Isso porque um desempenho deliberativo considerado insatisfatório poderia comprometer a percepção de colegialidade nos procedimentos e, conseqüentemente, a sensação de justiça pelos litigantes”. (COSTA, Alexandre Araújo; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha. O controle concentrado no Plenário Virtual do STF: Perfil das sessões de julgamento e perspectiva de perenidade. In: *Suprema - Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, vol. 3, n. 1, Jan./Jun. 2023, p. 131. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/175/90>. Acesso em: 27/07/2023).

⁵⁰² PASSOS, SANTOS e OLIVEIRA, *A ampliação de competência do Plenário Virtual no Supremo Tribunal Federal no cenário da crise de saúde gerada pelo COVID 19...*, 2021, p. 265.

⁵⁰³ GODOY e ARAÚJO, *A expansão da competência do Plenário Virtual do STF...*, 2022, p. 292.

⁵⁰⁴ COSTA e PEDROSA, *O controle concentrado no Plenário Virtual do STF...*, 2023, p. 133.

⁵⁰⁵ ANDREASSA JUNIOR, *Precedentes judiciais e colegialidade...*, 2021, p. 154-155.

⁵⁰⁶ SILVA, *Pauta, público, princípios e precedentes...*, 2021, p. 52. Portanto, a necessidade se dá para a adequação do Plenário Virtual aos ditames constitucionais: “Nessa perspectiva, parece ser possível vislumbrar que sem o aprimoramento do desenho procedimental para aumentar a participação das partes, interação entre os Ministros, efetivo debate de teses, fundamentação e maior transparência, há uma forte tendência de prevalência dos entendimentos do relator nas decisões, diante de uma aparente colegialidade”. (PASSOS, Hugo Assis; SANTOS, Cleopas Isaías; OLIVEIRA, João Rafael de. A ampliação de competência do Plenário Virtual no Supremo Tribunal Federal no cenário da crise de saúde gerada pelo

individualismo, as *rationes decidendi* precisam ser melhores trabalhadas, facilitando o trabalho futuro da própria Corte e dos órgãos inferiores.

Ademais, o aprimoramento do desenho do Plenário Virtual deve seguir o caminho de aumentar a participação das partes – sejam os sujeitos diretos quanto os terceiros interessados –, maior transparência e melhor fundamentação. Entre as possibilidades, teríamos a de haver o julgamento por duas etapas, nas quais tenha “[...] um momento síncrono de apresentação das sustentações orais e debates entre os ministros, para que apenas posteriormente possa se seguir com a juntada dos demais pronunciamentos dos membros da Corte, no ambiente virtual e assíncrono”.⁵⁰⁷

Diante desta proposta teríamos as partes apresentando simultaneamente aos Ministros presentes suas considerações. Em sequência, os debates entre os membros, com a possibilidade de influência dos atores que proferiram seus pontos, auxiliando na construção da fundamentação.

O ambiente virtual propicia a quebra da ordem cronológica de votação prevista para as sessões plenárias. Um Ministro mais antigo poderá inaugurar divergência, sendo seguido por Ministros mais novos.⁵⁰⁸ É salutar essa previsão, porém a fundamentação deverá ser apresentada, de forma a garantir os argumentos que levaram a tal concordância.

Atualmente adota-se a votação global do caso, na qual cada Ministro apresenta seu posicionamento, focado no resultado final. Um caminho a ser adotado é da alteração para o modelo de votação por questão. Este solicita a fragmentação do procedimento permitindo que cada questão seja analisada individualmente, refletindo o entendimento colegiado.⁵⁰⁹

Ao que toca o controle de constitucionalidade de leis e normais existe a exigência de fundamentação ampla e robusta, a ser alcançada através de deliberação e persuasão. Contudo, se o Plenário Virtual não possibilitar efetivamente estas atividades, apenas prejudicará e agravará a atuação individual dos Ministros.⁵¹⁰

O Plenário Virtual é criticado por Pedro Adamy, pois “a ausência de deliberação, quer interna quer externa, causada pelo Plenário Virtual acaba por minar a legitimidade das

COVID 19. In: *IDP Law Review*, vol. 1, n. 1, 2021, p. 267. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5396/2087>. Acesso em: 27/07/2023).

⁵⁰⁷ PEREIRA e VALE, *A formação concentrada de precedentes no STF e o julgamento no plenário virtual...*, 2022.

⁵⁰⁸ COSTA e PEDROSA, *O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal...*, 2022, p. 80.

⁵⁰⁹ PEREIRA e VALE, *A formação concentrada de precedentes no STF e o julgamento no plenário virtual...*, 2022.

⁵¹⁰ GODOY e ARAÚJO, *A expansão da competência do Plenário Virtual do STF...*, 2022, p. 292.

decisões dos Supremo Tribunal Federal e, por consequência direta, acaba por minar a legitimidade do próprio Tribunal”.⁵¹¹

Diante de todos os posicionamentos ora expostos, o presente trabalho se filia ao entendimento de não haver produção de precedentes judiciais vinculantes em julgamentos do Plenário Virtual sem a manifestação dos Ministros votantes. Há uma quebra do dever de fundamentação e da colegialidade nos julgamentos em ambiente virtual.

Questiona-se: Como se verifica as *rationes decidendi* do julgamento de ação em sede de controle abstrato de constitucionalidade diante da ausência de fundamentação dos Ministros que acompanham determinado posicionamento?

A não obrigação de apresentarem os motivos pelos quais votaram impossibilita a constituição da *ratio decidendi*. Não há como os órgãos inferiores visualizarem os argumentos da Corte que correspondem ao entendimento colegiado, tornando impraticável a formação de precedente.

Caberá ao Supremo Tribunal Federal se adequar a esta realidade, bem como respeitar as determinações constitucionais e infraconstitucionais. Deve ser alterada a mentalidade da individualização de atuação dos Ministros, privilegiando a conjunta e no sentido de construir entendimento institucionalizado a respeito das questões examinadas em ações de controle abstrato de constitucionalidade.

⁵¹¹ ADAMY, *Plenário Virtual em matéria tributária...*, 2020, p. 530.

4 E NA PRÁTICA?... ANÁLISE DE JULGAMENTOS EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Neste capítulo a proposta é analisar decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Como apresentado neste trabalho, em geral, não existe explicitação entre o que compõe a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*.

Buscaremos observar como tem sido elaboradas as fundamentações dentro das decisões, de modo a apontar se houve a formação de precedente nesta seara, o modo como está pode ter se dado e se a fundamentação utilizada se compatibiliza com o dispositivo do acórdão.

Os casos analisados envolvem tanto julgamentos no plenário físico quanto em plenário virtual. A escolha dos casos se deu especialmente por dois fatores: englobar casos julgados pelo plenário físico e plenário virtual; estarem transitado em julgado. Deste modo, os acórdãos estão constituídos de todos os elementos à decisão final. Observaremos se há diferenças na fundamentação dos votos e a sua extensão, para examinar se há a formação de precedentes nestes casos.

4.1 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 66, DISTRITO FEDERAL

4.1.1 Breve síntese dos fatos em julgamento

A Ação Declaratória de Constitucionalidade de n. 66, do Distrito Federal, foi ajuizada pela Confederação Nacional da Comunicação Social – CNCOM, buscando que fosse declarada a validade constitucional do artigo 129 da Lei n. 11.196/2005.⁵¹²

A controvérsia versaria sobre a aplicação da norma pela Justiça do Trabalho, Justiça Federal e Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Os “[...] juízes e auditores da Receita Federal têm deixado de aplicar a norma em discussão para determinar a incidência, a pessoas jurídicas prestadoras de serviços intelectuais [...]” enquadradas no aludido artigo, afirmava a autora.

⁵¹² Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

A Constituição, a partir da compreensão dos artigos 1º, IV; 3º, I; 5º, *caput*, II e XIII; e, 170, *caput*, IV e parágrafo único, concedeu *status* de liberdade sobre as formas de organização dos negócios individual ou em associação. O artigo questionado contribuiria para uma maior segurança jurídica e explicitaria uma dimensão das liberdades econômica e fiscal. Portanto, “[...] constitui importante cláusula densificadora da liberdade, que corrobora essa margem de escolha do agente privado para optar por um modelo de produção mais eficiente a seus negócios, inclusive sob a ótica de um legítimo planejamento tributário”.

Quanto a desconsideração da personalidade jurídica, solicitaria prévia comprovação pelo magistrado competente, afastando a presunção de ilegitimidade pela escolha de modelo societário. Requeria “[...] que os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, por intermédio de seus agentes fiscais, se abstenham de desqualificar as relações jurídicas estabelecidas com base no regime autorizado pelo art. 129 da Lei n. 11.196/2005” e, no mérito, a declaração de constitucionalidade do artigo.

A Presidência da República, ao apresentar suas informações, verificava não haver controvérsia judicial ou administrativa na aplicação do artigo em questão e sua eficácia estaria “[...] sujeita ao exame de inexistência de fraude na constituição da pessoa jurídica com o propósito de frustrar o recolhimento de contribuições previdenciárias e imposto de renda”.

A aplicação do artigo pelo CARF se daria quando não caracterizada a relação de emprego entre as partes. Aquela não impediria a apuração da existência de vínculo e não afastaria a ocorrência do fato gerador decorrente de sua caracterização. Logo, “[...] não há qualquer desconsideração de uma situação jurídica, mas sim apuração da relação jurídica ideal”.

Afirma ser o objetivo da autora a de que “[...] uma vez estabelecida uma relação entre pessoas jurídicas, o art. 129 seja entendido como uma norma proibitiva ao Estado de apurar a relação jurídica estabelecida entre as partes”. O Conselho promoveria a compatibilização do artigo com a ocorrência de fatos geradores e, assim, julgaria se seria o caso ou não de sua aplicação.

Nas informações do Presidente do Congresso Nacional também foi destacado a ausência de comprovação de controvérsia jurídica sobre a constitucionalidade da norma. A caracterização dependeria da divergência entre os pronunciamentos, vinculado ao princípio da presunção de constitucionalidade, “[...] gerando uma situação de incerteza e

provocando grave insegurança jurídica que se instaura entre os órgãos judiciais, de modo a determinar a apreciação do caso, em sede de controle abstrato de constitucionalidade”.

No exame da norma, não revelaria uma garantia absoluta ao prestador de serviços, visto que o próprio texto não restringiria a aplicação do artigo 50 do Código Civil. O artigo 129 seria norma interpretativa dirigida aos agentes fiscais, esclarecendo e orientando-os no sentido de que “[...] não desconsiderem a personalidade jurídica de sociedades legalmente constituídas para prestação de serviços intelectuais, com o fito de tributar os integrantes da sociedade (e os seus contratantes) como se fossem pessoas físicas”.

Pedia a inadmissibilidade da ação ou, subsidiariamente, a declaração da constitucionalidade do artigo, pois não consistiria em “[...] convite à fraude, muito pelo contrário – se existente qualquer ilícito, este deve ser coibido, pelos meios próprios para tanto [...]” e requisita a demonstração da presença de ilicitude na prestação de serviços.

A Advocacia-Geral da União manifestou no sentido da extinção da ação, não haveria o questionamento da validade constitucional, mas, sim, infraconstitucional. A Procuradoria-Geral não se manifestou.

Ao final do julgamento, julgou-se procedente o pedido, declarando a constitucionalidade do artigo 129 da Lei n. 11.196/2005, nos termos do voto da relatora Ministra Cármen Lúcia, sendo vencidos os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. A verificação da formação de precedente advindo deste julgamento requer o exame dos votos e seus fundamentos, o que se fará a seguir.

4.1.2 Dos votos dos Ministros

4.1.2.1 Voto da Ministra Relatora Carmén Lúcia

No primeiro momento, a Ministra faz uma brevíssima síntese dos pontos apresentados pela autora e pelos demais integrantes do processo. Defendendo a constitucionalidade do artigo, diante da possibilidade de adoção do modelo de organização e produção mais eficiente e alinhado a seus negócios.

A respeito da controvérsia judicial relevante, afirmou a Relatora que o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/1993, a qual criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Entre os seus requisitos temos a demonstração de “[...] preexistente controvérsia judicial em controle difuso de constitucionalidade que ponha em risco a presunção de validade jurídico-constitucional do ato normativo”, que passou a constar na Lei n. 9.868/99, em seu artigo 14, III.

A autora juntou aos autos decisões de Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais objetivando a demonstração de pendência de controvérsia judicial. Conjuntamente apresentou julgados nos quais o CARF teria afastado a aplicação do artigo 129 da Lei n. 11.196/2005, nos quais estariam presentes a caracterização do vínculo empregatício. Estes foram afastados, pois não seriam aptas a demonstrar “[...] a existência de dissídio jurisprudencial relevante em sede de controle difuso de constitucionalidade, requisito indispensável ao cabimento da ação declaratória de constitucionalidade”.

Em exame dos julgados dos Tribunais, se verificou não ter sido constatado a expressa declaração de inconstitucionalidade do dispositivo objetivo da ação. No entanto, estaria claro o afastamento da incidência do artigo, inclusive com a utilização de fundamento constitucional. Por fim, a Ministra entendeu estar “[...] devidamente demonstrada, portanto, pendência de controvérsia judicial sobre a aplicabilidade da norma objeto desta ação declaratória de constitucionalidade”.

Caminhando para o exame da constitucionalidade da norma, a questão versa sobre a dúvida sobre prestadores de serviços intelectuais e tomadores desses serviços a respeito de eventual desconsideração da personalidade jurídica. Através do fundamento de coibir fraudes e simulação, poderia a Administração Pública ou o Poder Judiciário impor regimento previdenciário e fiscal mais gravoso que o destinado àquelas pessoas jurídicas, ou o reconhecimento de vínculo empregatício.

Haveria insegurança entre os prestadores de serviços e os tomadores, uma vez que o “[...] receio sobre a eficácia das escolhas empresariais e a dúvida sobre os limites dos compromissos assumidos comprometeria a segurança jurídica, mais ainda, o equilíbrio das relações firmadas [...]”, impedindo o livre exercício da atividade empresarial e o pleno desenvolvimento econômico.

A Ministra Relatora compreendeu haver harmonia entre o artigo 129 da Lei n. 11.196/2005 com as diretrizes constitucionais, especialmente com o inciso IV do artigo 1º da Constituição da República. Há o estabelecimento da liberdade iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil.

O artigo questionado se refere apenas a efeitos fiscais e previdenciários provenientes de prestação de serviços, sejam os de natureza científica, artística ou cultural, por pessoa jurídica. Portanto, “[...] não podem ser negada validade no direito de eventuais repercussões secundárias, a determinar os termos e os efeitos de relação jurídica

estabelecida entre a tomadora do serviço e a pessoa que desenvolve as atividades em seu benefício”.

Conclui que a norma não apresentaria vício de inconstitucionalidade, diante da perspectiva de densificação da liberdade de organização da atividade econômica empresarial, estando provida de “[...] flexibilidade e da adequação atualmente exigidas, e da necessária compatibilização com os valores sociais do trabalho [...]”.

A opção pela contratação da pessoa jurídica com o fim de prestar serviços intelectuais, tal qual descrito na norma em exame, não está sujeita a “[...] avaliação de legalidade e regularidade pela Administração ou pelo Poder Judiciário quando acionado, por inexistirem no ordenamento constitucional garantias ou direitos absolutos”.

Verificar a validade do modelo escolhido de vínculo jurídico entre o prestador e o tomador de serviços deve “[...] pautar-se pela mínima interferência na liberdade econômica constitucionalmente assegurada e revestir-se de grau de certeza para assegurar o equilíbrio nas relações econômicas e empresariais”.

Votou no sentido de julgar procedente o pedido e declarar a constitucionalidade do artigo 129 da Lei n. 11.196/2005. Em sessão virtual ocorrida entre 19 a 26/6/2020 fora acompanhada pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Luiz Fux, tendo o Ministro Roberto Barroso se declarado suspeito.

4.1.2.2 Voto do Ministro Marco Aurélio

Em voto sintético, o Ministro admite a ação diante das decisões juntadas, as quais revelam a existência de debate judicial acerca da compatibilidade do dispositivo questionado e a Constituição Federal. Ao Supremo compete “[...] perquirir a higidez constitucional da submissão de pessoas jurídicas prestadoras de serviço intelectual, inclusive quele de natureza científica, artística ou cultural, apenas ao regime fiscal e previdenciário próprio das pessoas jurídicas”.

Compreende ser a proteção do trabalhador não estar exclusivamente prevista em normas infraconstitucionais, adquirindo proteção constitucional. Este princípio, em uma verificação sistemática, é “[...] alicerce do estatuto jurídico-constitucional trabalhista a vincular a atuação dos três Poderes e servir de vetor interpretativo visando a solução de controvérsia levadas à apreciação do Judiciário especializado”.

Traz a luz a necessidade de a norma ser interpretada de acordo com as mudanças advindas da globalização e a especialização na divisão do trabalho. No entanto, compreende o Ministro não se deve excluir o trabalhador da categoria ligada à atividade do beneficiário final da mão de obra, levando a “[...] desintegração da identidade coletiva dos trabalhadores mediante o enfraquecimento dos laços de pertencimento”.

A norma prejudicaria o projeto constitucionalmente previsto de construir uma sociedade livre, justa e solidária, pois o dispositivo geraria “[...] nítida isenção no cumprimento das atribuições sociais das empresas, a implicar profundo desequilíbrio na relação entre empregador e trabalhador [...]”.

Conclui no sentido de ter o magistrado dever de atuar norteado pelos princípios gerais do Direito e, especificamente, do “[...] Direito do Trabalho, considerada a história da legislação protetiva, sob pena de subverter-se aquilo que é o fundamento e a razão da Justiça trabalhista”. Votou no sentido de julgar improcedente o pedido.

4.1.2.3 Voto da Ministra Rosa Weber

A Ministra acompanha a divergência. Compreende que o questionamento reside na “[...] constitucionalidade da predeterminação da natureza da relação jurídica da prestação de serviços pelo texto da norma impugnada, de forma desvinculada dos elementos da realidade social, dos dados reais do caso concreto [...]” e, assim, estabelecer os regimes fiscais e previdenciários.

Entende que classificar o vínculo jurídico entre o tomador e o prestador de serviços em caráter personalíssimo ou não reduziria os direitos fundamentais do trabalhador, previstos no artigo 7º da Constituição Federal. Negar qualquer possibilidade de subsunção dos fatos à norma daria “[...] nítida chancela de fraude à legislação trabalhista, no que manifestamente nega ao trabalhador questionar no Poder Judiciário, órgão constitucionalmente competente, a definição da real configuração do vínculo jurídico em que se deu a prestação dos serviços [...]” ofendendo aos artigos 5º, XXXV, e 114, I, da Constituição Federal.

A intervenção do poder público caberá no exame do exercício do poder do empregador sobre os trabalhadores. Assim, “quanto maior o nível de subordinação e controle disciplinar em benefício do empregador, maior a garantia de estabilidade e de prestações sociais”.

Eleva a necessidade do artigo ser interpretado a luz do princípio da primazia da realidade, em conjunto a proteção da “dignidade da pessoa humana”, quanto a definição dos contornos das categorias do trabalho subordinado e da prestação de serviços em caráter autônomo. É necessário que se analise cada caso, visto que “[...] no jogo do poder de direção do contratante concretamente manifestado na execução diária do contrato pelo trabalhador [...]”.

Na visão da Ministra, o Direito do Trabalho tem o papel compensador das desigualdades, por meio de uma relação equilibrada. Não se poderia permitir uma submissão do trabalhador, pois o “[...] tratamento formalmente igual de partes economicamente tão distintas equivaleria a tornar o empregado um refém da vontade de seu empregador”.

Conclui que deve se efetivar os postulados previstos no artigo 7º da Constituição Federal, impedindo a sobreposição do conceito de liberdade de contratação e livre iniciativa face a regulação decorrente do contrato de trabalho, evitando “[...] negar a própria ideia desse contrato e do próprio Direito do Trabalho [...] enquanto ramo jurídico autônomo [...]”. Assim, votou pela improcedência do pedido da ADC.

4.1.2.4 Voto-vista do Ministro Dias Toffoli

O Ministro considerou a existência de relevante controvérsia judicial, diante da documentação juntada aos autos. No mesmo sentido da Ministra Relatora verificou o afastamento da norma questionada com base em fundamento constitucional, em algumas decisões, apesar de não haver declaração de inconstitucionalidade.

O primeiro ponto verificado foi o contexto no qual o artigo foi editado, enquanto marco de incentivo fiscal para os prestadores de serviços, com diminuição de ônus tributários e trabalhistas. Ainda, “[...] os serviços contratados não mais ficam sujeitos, inclusive para fins previdenciários, às regras de tributação aplicáveis às pessoas físicas, como aquelas atinentes ao imposto de renda devido por pessoa física”.

Além dos incentivos mencionados, “[...] a presente ação direta se insere no contexto da conjugação da livre iniciativa com a valorização do trabalho humano, as quais fundamentam a ordem econômica e com as quais se busca atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inscritos no art. 3º da Magna Carta”.

Ao final, acompanha a Relatora julgando procedente o pedido e declarando a constitucionalidade do dispositivo.

4.1.3 Busca pela *ratio decidendi* vinculante

A ação analisada trata da busca pela constitucionalidade do artigo 129 da Lei n. 11.196/2005 por parte da Confederação Nacional da Comunicação Social – CNCOM. Diante da falta de observância do aludido dispositivo por parte do Poder Judiciário e de auditores da Receita Federal.

Haveria o desrespeito de disposições da Constituição ao romper o status de liberdade sobre as formas de organização dos negócios individuais ou em associação. Além de requerer a prévia solicitação de comprovação por parte dos magistrados, nos casos em que se opte pela desconsideração da personalidade jurídica.

Quanto a constitucionalidade do ato, não observa desrespeito, uma vez tratar de perspectiva de densificação da liberdade de organização da atividade econômica empresarial. O artigo se refere apenas a efeitos fiscais e previdenciários provenientes de prestação de serviços. A opção pela contratação de pessoa jurídica com o objetivo de prestar serviços intelectuais não está sujeita a avaliação de legalidade e regularidade pela Administração ou Poder Judiciário.

Em votos divergentes, o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Rosa Weber compreenderam que a norma confrontaria a Constituição ao culminar na desintegração da identidade coletiva dos trabalhadores mediante o enfraquecimento de laços de pertencimento. Ademais, haveria o desrespeito do princípio de proteção da dignidade humana, diante da necessidade de se equiparar o tratamento de partes economicamente distintas e distantes.

Este julgamento se deu no Plenário Virtual, traz assim os questionamentos apontados no capítulo anterior. Alguns dos Ministros votantes, acompanhando a posição da Relatora, não apresentaram nenhuma manifestação escrita que possa contribuir para se delimitar a *ratio decidendi* deste julgamento.

4.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 198, DISTRITO FEDERAL

4.2.1 Breve síntese dos fatos em julgamento

A arguição de descumprimento de preceito fundamental analisada foi proposta pelo governador do Distrito Federal contra o § 2º do artigo 2º e 4º da Lei Complementar n.

24/1975⁵¹³ alegando desrespeito ao preceito fundamental do princípio democrático, “[...] pois a exigência de unanimidade para a concessão de incentivos fiscais configuraria afronta à autonomia necessária dos Estados federados, em ofensa ao princípio federativo”.

Dentre os argumentos apresentados, seria o ato questionado anterior à Constituição de 1988, e a solicitação de unanimidade violaria a autonomia necessária dos estados. Ademais, “[...] não é razoável num país em que as desigualdades regionais são reconhecidas pela própria Carta Magna, exigir a unanimidade para concessão de incentivos fiscais”. Afirma ainda não estar previsto na Constituição Federal, para nenhum diploma legal, a unanimidade como requisito para aprovação em processo legislativo.

Requisitar a unanimidade desrespeitaria o princípio democrático, pois bastaria a discordância de um dos Estados federados para a inviabilização do projeto. O “[...] projeto de desenvolvimento econômico e social proposto por outro ente federado e que esteja, porventura, a depender da aprovação de convênio autorizando a concessão de isenção, incentivo ou benefício fiscal” não poderia ser aprovado a partir da discordância.

Atribuir a unanimidade a resolução da guerra fiscal não seria o meio eficaz. De modo diverso, seria necessário a “[...] edição de lei própria em que fossem minuciosamente tratadas as hipóteses de benefícios que poderia ser concedidos, o que levaria à harmonia do sistema”. A deliberação da maioria dos Estados federados auxiliaria no controle da concessão de incentivos fiscais, resguardando o pacto federativo, uma vez que “[...] num país de desigualdades reconhecidas até pela própria Constituição, não é razoável exigir que todos os entes federados apoiem medidas de incentivos fiscais, que deverão atender as peculiaridades de cada ente”. O autor requereu a procedência dos pedidos e declaração de inconstitucionalidade dos artigos.

Ao prestar informações, a Câmara dos Deputados se restringiu a tratar da recepção dos dispositivos pela Constituição Federal de 1988, os quais haveriam sido aprovados “[...]”

⁵¹³ Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todo os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal. § 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes . Art. 4º - Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo. § 1º - O disposto neste artigo aplica-se também às Unidades da Federação cujos representantes não tenham comparecido à reunião em que hajam sido celebrados os convênios. § 2º - Considerar-se-á rejeitado o convênio que não for expressa ou tacitamente ratificado pelo Poder Executivo de todas as Unidades da Federação ou, nos casos de revogação a que se refere o art. 2º, § 2º, desta Lei, pelo Poder Executivo de, no mínimo, quatro quintos das Unidades da Federação.

seguindo todos os trâmites constitucionais e regimentais atinentes à espécie”. O Senado Federal entendeu pelo não conhecimento da ação e, quanto ao mérito pela sua improcedência, fundamenta que a Lei em questão “[...] privilegia a vontade da maioria, evitando que algum ou alguns Estados-membros instituíam unilateralmente políticas fiscais predatórias, em detrimento de seus pares, violando o princípio republicano”. O objetivo dos pontos questionados seria o de “[...] criar uma fase especial ou um pressuposto no processo legislativo, quando a matéria disser respeito a benefícios quanto ao ICMS”.

O Presidente da República defendeu a constitucionalidade das normas. Argumenta pela necessidade de garantir a arrecadação das receitas dos Estados e do Distrito Federal, da indissolubilidade da Federação e na prevenção de guerras fiscais. Eventuais renúncias de receitas do ICMS ou benefícios fiscais teriam sua concessão “[...] mediante deliberação favorável de todos os Estados representados e do Distrito Federal”.

Pela improcedência dos pedidos, a Advocacia-Geral da União argumentou que “[...] a criticada unanimidade revela a vontade da maioria da sociedade, razão pela qual não contraria o princípio democrático”. Enquanto a Procuradoria-Geral da República afirma que há “[...] inexistência de violação ao princípio democrático. Norma editada com o objetivo de assegurar o pacto federativo, mediante a inibição de guerra fiscal”.

Ao final do julgamento, julgou-se improcedente a arguição, nos termos do voto da relatora Ministra Cármen Lúcia, sendo vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski Marco Aurélio e Rosa Weber.

4.2.2 Dos votos dos Ministros

4.2.2.1 Voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia

Em primeiro momento, faz a análise da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, diante da inexistência de outras ações aptas a sanar a lesividade. No caso em tela, concluiu que seria incabível “[...] o ajuizamento de outra ação, incluída a de controle abstrato de constitucionalidade, contra lei anterior à Constituição de 1988 [...]”, conhecendo a ação.

Partindo para análise do mérito e diante de legítima opção política, a Constituição impôs regime diferenciado no tratamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Aplica-se sobre a concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

Assim sendo, “[...] a Constituição instituiu mecanismo de equidade a obstar a competição conflituosa entre Estados federados consubstanciada na redução de imposto de suas competências como atrativo para investimento do capital privado, nos respectivos territórios”.

Haverá a afronta do princípio federativo, bem como ao dever de garantia do desenvolvimento nacional, reduzindo as desigualdades sociais e regionais a denominada “guerra fiscal entre entes federados”.

Através da edição da Lei Complementar n. 24, em 1975, houve a imposição de decisão unânime dos Estados para a formalização de convênios no sentido de conceder de benefícios fiscais. Após a sua celebração seria necessário a expedição de decreto pelos Poderes Executivos dos respectivos celebrantes.

O Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, através de sua manutenção legal após a Constituição de 1988, demonstra “[...] ainda que, em sede administrativa, a recepção da Lei Complementar n. 24/75, pelo atual ordenamento jurídico, há mais de trinta anos”.

Sobre a extensão do princípio federativo previsto na Constituição afirmou ter “[...] como base da cooperação das unidades regionais, com suas respectivas peculiaridades, formando-se, a partir do respeito às singularidades locais, a unidade nacional”.

Prevê o artigo 152 da Carta Constitucional a proibição do estabelecimento de diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Em razão disso tem-se a “[...] impossibilidade de instituição de incentivos, isenções e benefícios fiscais de imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços sem a obediência do mecanismo posto como para se assegurar a unidade federativa [...]”. Sobre esta impossibilidade se evita a disputa feroz por recursos entre os entes.

No ponto do questionamento sobre a unanimidade, a Ministra compreende que “[...] o princípio democrático não se esgota na fórmula rígida da opção majoritária. Ao contrário, garante também às minorias espaço político equânime”.

Verifica que as disposições estão em consonância com a Constituição, “[...] em cujo dispositivo se afirma a necessidade insuperável de *‘deliberação dos Estados e do Distrito Federal’* para a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais de ICMS [...]”, sendo a concordância de todos os participantes a regra necessária.

Quanto a disposição do artigo 4º da Lei Complementar, a fundamentação apresentada também se mostra aplicável, dotando de efetividade e eficácia o acordo. A exigência de decreto do Poder Executivo local certificará a concordância efetiva do ente federado.

4.2.2.2 Voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro abriu a divergência. Observou que havia jurisprudência “[...] no sentido da inconstitucionalidade de benefícios e incentivos fiscais de ICMS concedidos à revelia do CONFAZ dada ausência de consenso unânime entre os Secretários de Estado da Fazenda”.

Os argumentos apresentados no voto divergente se baseariam nos seguintes fundamentos: i) a não-recepção do prescrito no art. 2º, § 2º, da LC 24/75, que está a prever quórum de deliberação unânime dos Secretários de Estado da Fazenda para desonerações em matéria de ICMS; e, ii) a necessidade de observância do princípio da legalidade tributária na recepção interna pelos Estados não sendo o bastante Decreto Executivo.

Ao que toca o primeiro fundamento, o Ministro questiona: “qual a coerência da regra da unanimidade para a concessão de incentivos fiscais de ICMS perante o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ)?”

A harmonização das políticas fiscais dos estados, com o fim de preservar a neutralidade do ICMS, através de protocolos entre as Administrações Tributárias mediante troca de informações e fiscalizações conjuntas demonstram a cooperação entre os aqueles no âmbito da CONFAZ. Contudo, “[...] não pode implicar na supressão de suas autonomias ante ao veto de uma minoria dos Estados: *poder de voto*, jamais, pode representar *poder de veto*”.

Logo, a Constituição ao prever em seu primeiro artigo que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito implicaria “[...] em consequências diversas na ordem constitucional brasileira, inclusive, nas relações inter-federativas dada a intrínseca relação entre federação e democracia”.

A unanimidade “[...] visa conferir neutralidade ao ICMS com vistas a refrear a concessão de incentivos fiscais de ICMS”, no entanto compreende não possui compatibilidade material com a Constituição de 1988 e desrespeitar os princípios federativo e democrático, além de não conseguir o efeito almejado.

Diante de razões de segurança jurídica, o Ministro observa a existência de “[...] manifesto interesse social considerando os investimentos realizados e geração de renda e emprego pelos agentes econômicos que aderiram à uma política pública instrumentalizada mediante incentivos de ICMS, ainda que considerados inconstitucionais”.

Conclui pela não recepção do art. 2º, § 2º, da LC 24/75 com eficácia pró-futuro “[...] para que o Congresso Nacional seja notificado para fixar, no prazo de seis meses da presente decisão, regra deliberativa concorde com a Constituição de 1988”.

A seguir, faz a análise a respeito da “[...] recepção interna na legislação dos Estados se por meio de Decreto do Executivo ou de Decreto Legislativo”. O voto envereda na busca pela interpretação do Decreto: “[...] se a concessão de benefícios de ICMS satisfaz-se com o autorizo do CONFAZ prescindindo, assim, lei específica ou, além do convênio, demanda-se, necessariamente lei específica”.

A ratificação pelo Poder Executivo é necessária, para que isenções, benefícios e incentivos de ICMS de forma unilateral. Logo, “[...] para que surjam de forma válida, é necessário que convênios sejam celebrados pelos Estados e pelo Distrito Federal, o que permite deliberação e consenso entre eles, evitando o que restou conhecido como ‘guerra fiscal’”.

A concessão de benefícios de ICMS não dispensa lei específica, por atuarem como pressuposto para que aconteça. Assim, “[...] a edição de incentivos fiscais de ICMS constitui, então, um ato normativo complexo, demandado a integração de órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo”.

O artigo 4º da LC 24/75 não seria compatível materialmente com a Constituição de 1988, face ao “[...] princípio da legalidade tributária a exigir, inclusive, lei específica para recepção na legislação tributária interna de cada Estado da federação”.

Votou, assim, pela procedência da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para decretar a não recepção dos artigos questionados pela Constituição de 1988.

4.2.2.3 Voto do Ministro Marco Aurélio

Preliminarmente, o Ministro discorre sobre a importância do exame da matéria por parte do Supremo, “[...] afetando diretamente as estruturas da Administração Fazendária em todos os níveis, especialmente no atual contexto de grave e renitente crise econômica, agravada por normas envolvendo a denominada guerra fiscal entre entes federados”.

A concessão e revogação das desonerações do ICMS tem sistemática prevista pela Constituição de 1988. Atribuiu-se a lei complementar o regramento sobre como será manifestada a vontade coletiva dos Estados e do Distrito Federal.

Não haveria na Carta Constitucional a imposição de unanimidade como requisito de aprovação a nenhum dos atos normativos. Ainda que “[...] a fixação do quórum é opção político-normativa do legislador, mas deve-se observância à organicidade do Direito”. Exemplificativamente, a emenda constitucional se dá por decisão de três quintos das Casas do Congresso Nacional.

Exigir o consenso entre todos os Estados inviabilizaria a autorização para instituir programas de incentivo estadual sobre o ICMS, tornando ainda maior a guerra fiscal. Desta forma, “[...] tão prejudicial quanto o permissivo desordenado de desonerações do ICMS, no que ocasionados desequilíbrios concorrenciais e impacto negativo nas finanças de determinados Estados, é a repercussão decorrente da não concessão de incentivos fiscais”.

Na análise do artigo 4º, “[...] convênios não ensejam concessão de isenção isoladamente, apresentando eficácia mediante a aprovação das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal”.

Concluiu ser procedente o pedido.

4.2.2.4 Voto do Ministro Alexandre de Moraes

A Constituição de 1988, por meio da adoção do modelo federativo, “[...] consagrou o estabelecimento de vários princípios, entre eles a necessidade de cada ente federativo possuir uma esfera de competência tributária que lhe garante renda própria, para o pleno exercício de suas autonomias política e administrativa”.

Respeitando-o fora reservado à edição de lei complementar determinar o regramento relacionado a forma como as isenções, incentivos e benefícios serão concedidos e revogados mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal.

No exame em questão, os dispositivos questionados “[...] nada mais fazem do que fortalecer o modelo de pacto federativo adotado pela Constituição Federal, que preceitua o necessário consenso de todos os Estados-membros quando em discussão a concessão de benefício fiscal de ICMS, de modo a evitar a indesejável guerra fiscal”.

No mais, acompanhou o voto da Ministra Relatora julgando improcedente o pedido formulado.

4.2.2.5 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

Em brevíssimo voto, o Ministro observou que a discussão trata sobre se os artigos questionados teriam sido recepcionados pela Constituição de 1988. Ademais, a unanimidade impossibilitaria a concessão dos benefícios de forma regular, uma vez que o poder de veto poderia ser utilizado de forma arbitrária por qualquer Estado.

Constatou que o “[...] sistema, de certo modo, propiciou o atual cenário de guerra fiscal, com a concessão unilateral de benefícios ao arrepio da Constituição”. No entanto, entende caber ao Congresso Nacional a análise sobre critério diverso da unanimidade, através de decisão política fiscal e federativa a ser tomada pelo Poder Legislativo.

Decidiu, por acompanhar a relatora e julgar improcedente a ação.

4.2.3 Busca pela *ratio decidendi* vinculante

Esta arguição objetiva a declaração de inconstitucionalidade do § 2º, artigo 2º e 4º da Lei Complementar n. 24/1975. Foi motivada pela exigência de unanimidade para a concessão de incentivos fiscais, enquanto afronta à autonomia necessária dos Estados federados, em ofensa ao princípio federativo.

Diante da inexistência da unanimidade como requisito previsto pela Constituição, os dispositivos mencionados desrespeitariam ao princípio democrático. A discordância de um dos Estados geraria a inviabilização do projeto e teria a capacidade de aumentar a guerra fiscal entre eles.

A seu turno, a Ministra Relatora não observa o desrespeito ao princípio democrático e nem que a unanimidade seria a responsabilidade pela guerra fiscal. Tanto que a forma de deliberação prevista garante a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais sejam concedidos em casos de geral concordância.

Os Ministros Edson Fachi e Marco Aurélio enveredaram pela divergência. Entendem que a unanimidade não possui compatibilidade material com a Constituição de 1988 e desrespeito aos princípios democrático e federativo, mas modula o efeito da decisão para o futuro. De outro lado, ao exigir o consenso estaria inviabilizado a instituição de programas de incentivo estadual sobre o ICMS.

Este julgamento ocorreu em ambiente virtual. Apesar de termos três votos que entendem pela improcedência do pedido – Ministra Cármen Lúcia, Ministro Alexandre de Moraes e

Ministro Luís Roberto Barroso – e dois pela procedência – Ministros Edson Fachi e Marco Aurelio – a busca pela *ratio decidendi* se mostra complexa.

Houve outros seis ministros que optaram por acompanhar alguma das posições, mas sem apresentar voto escrito. Assim sendo, não há como saber qual o entendimento institucional da Corte, pois não as fundamentações não ficaram claras e se verteram para igual posição.

4.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.446, DISTRITO FEDERAL

4.3.1 Breve síntese dos fatos em julgamentos

Proposta pelo Partido Social Liberal, a referida ação questiona a constitucionalidade de artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Haveria violação ao devido processo legal em dispositivos que garantem o direito de ir e vir da criança e do adolescente e o tipificador criminal de apreensão de menor fora das hipóteses previstas. Alega-se que “as crianças carentes, ainda que integrantes deste quadro dantesco e desumano, não mais poderão ser recolhidas pois adquiriram o direito de permanecer na sarjeta”.

A inafastabilidade da jurisdição estaria violada através da previsão de medidas protetivas como sanção ao ato infracional praticado por criança e atendimento desta por conselho tutelar. O encaminhamento, diante da prática sucessiva de atos infracionais, sendo “levadas aos abrigos, que são instituições abertas e transitórias (ECA, art. 92 e 101) – verdadeiras casas de mãe Joana – entram e saem no mesmo dia ou no dia seguinte”.

Por fim, haveria a violação do princípio da proporcionalidade com a previsão de reiteração de atos infracionais ou o descumprimento injustificado de outras medidas como exigência para a aplicação da medida de internação.

Requer a inconstitucionalidade dos artigos 16, I; 105; 122, II e III, 136, I, 138 e 230.

A Presidência da República arguiu a impossibilidade jurídica do pedido, prestou informações e pugnou pela sua improcedência. O Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República opinaram pela improcedência do pedido. Houve ainda a participação de diversos *amici curiae*.

Ao final do julgamento, julgou-se improcedente o pedido por unanimidade, nos termos do voto do relator Ministro Gilmar Mendes.

4.3.2 Dos votos dos Ministros

4.3.2.1 Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes

Inicialmente, o Ministro destaca que as bases constitucionais de análise se encontram nos artigos 5º, XXXV, LIV e LXI, e 227 da Constituição Federal. Estes artigos possuem relação com a Declaração Universal do Direito Humanos, a Convenção sobre os Direitos da Criança, as Regras de Pequim para a Administração da Justiça de Menores e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em ponto de contextualização, apesar dos avanços da Carta Constitucional de 1988 e outras normas infraconstitucionais, existe grande número de crianças e adolescentes privados de direitos mais básicos. Podendo tal cenário ser agravado com a diminuição dos direitos de liberdade dos menores.

Diversamente do alegado pelo autor, a lei defende a liberdade de locomoção das crianças e dos adolescentes, ressalvadas as restrições legais. Além disso, o previsto no artigo 16, I, está em consonância que assegura proteção integral positivada, especialmente ao proibir toda e qualquer forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

O Ministro afirma ainda que não existisse previsão legal. A Constituição asseguraria tais direitos. Ademais, constituiria cláusula pétrea “[...] nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, não podendo ser sequer suprimido ou indevidamente restringido mediante proposta de emenda constitucional”.

Ao existirem conflitos entre direitos constitucionalmente protegidos é possível “a definição do âmbito de proteção da liberdade de ir e vir das crianças (*Schutzbereich*) e de suas restrições ou limitações (*Schranke oder Eingri*)”.

A situação das crianças e adolescentes que vivem em condição de rua poderia ser agravada com a supressão do artigo. Abriria espaço para interpretações errôneas, levando a violações aos direitos humanos e fundamentais.

Possibilitaria-se apreensões sem fundamento constitucional, servindo “[...] para a implementação de uma política higienista que, em vez de reforçar a tutela dos direitos dos menores, restringiria ainda mais o nível de fruição de direitos [...]”.

Quanto ao crime de privação de liberdade de criança ou adolescente, fora dos casos previstos, a primeira análise se dá sobre a possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade em matéria penal. No entendimento do relator, “[...] o Tribunal está incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar”.

Cabe a análise do ato dos casos em que ele não será adequado – quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima -; não será necessário – caso existam medidas alternativas e estas favoreçam a realização do direito fundamental -; e violará o princípio da proporcionalidade em sentido estrito – nos casos em que a satisfação do fim legislativo for em menor grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

No caso em tela, declarar a inconstitucionalidade do artigo permitiria “[...] detenções arbitrárias, restrições indevidas à liberdade dos menores e violências de todo tipo pudessem ser livremente praticadas, o que não pode ser admitido”.

Quanto a impugnação da constitucionalidade dos artigos que violariam por inafastabilidade da jurisdição: se daria por inexistência de aplicação de medidas socioeducativas para a criança que comete ato infracional e exclusão da avaliação judicial dos atos praticados.

Ao ponto, o Ministro visualiza a complexidade quanto a forma de tratamento em relação à criança infratora. Logo, o direcionamento no sentido de não aplicar medidas severas se dá por se tratar de “[...] um ser em desenvolvimento que precisa ser, acima de tudo, protegida e educada”.

Critica ter o autor apensado apenas dados que comprovassem as suas alegações e “[...] parece ignorar a condição especial das crianças menores de 12 (doze) anos de idade sob o ponto de vista jurídico e psicológico, propondo inclusive a internação compulsória e em regime fechado”. Não haveria nenhuma espécie de desproporcionalidade, estando alinhados com as normas constitucionais e internacionais.

O legislador tem larga margem de discricionariedade para estabelecer as medidas aplicáveis. Cabe a ele definir as medidas aplicáveis, sendo a internação a última delas, diante do caráter estigmatizante e traumatizante, privilegiando-se os princípios da excepcionalidade, brevidade e proporcionalidade das medidas restritivas da liberdade.

Votou no sentido da improcedência total dos pedidos formulados. Sugeriu o encaminhamento da decisão ao CNJ, no sentido de ampliar “[...] suas ações na promoção de políticas periódicas de monitoramento do cumprimento das medidas socioeducativas previstas no art. 112 da Lei nº 8.069/1990”.

4.3.2.2 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Inicia o voto com contextualização histórica do Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto reivindicação da sociedade civil, durante e após a Assembleia Constituinte.

Sendo tema no âmbito das Nações Unidas, culminando na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Classifica crianças e adolescentes como sendo “[...] sujeitos de direitos, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e destinatários do princípio constitucional da prioridade absoluta”. Nos casos de irregularidades, a responsabilidade é da sociedade, diante da omissão nas providências para garantir o seu bem-estar.

Na análise específica dos artigos, parte dos que tratam da liberdade de ir, vir e estar dos jovens nos locais públicos e espaços comunitários. Reflete sobre a desigualdade financeira e de oportunidades, que no Brasil é latente. Assim sendo, os requerimentos não auxiliariam na transformação da realidade, “[...] ao contrário, resultaria em sua institucionalização, o que, conforme inúmeros estudos, tende a prejudicar o desenvolvimento dos jovens institucionalizados”.

Analisando o ordenamento jurídico, a Constituição prevê que o Estado deve respeitar a liberdade das crianças e adolescentes. Conclui no sentido de caso “[...] o ECA fosse declarado inconstitucional em sua totalidade, não se toleraria a prisão para averiguação ou perambulação dos jovens”, implicando postura discriminatória de natureza socioeconômica.

Aos artigos que tratam dos atos infracionais, o Ministro não verifica inconstitucionalidade. Justifica-se por haver resposta estatal adequada diante da vulnerabilidade e necessidade de proteção integral das crianças, além de “[...] não excluir do Poder Judiciário a apreciação das medidas adotadas para superar as vulnerabilidades identificadas”. Além disso, tratam-se de direitos fundamentais importantes em xeque, tendo prioridade garantida constitucionalmente.

Verifica a obediência constitucional do artigo 122, I, II e III, diante do atendimento ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, bem como aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Finaliza a sua fundamentação observa que o Estatuto ainda busca ser realizado plenamente, diante da ocorrência de diversas situações que ocorrem em desconformidade a sua previsão.

Vota pela total improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

4.3.2.3 Voto do Ministro Alexandre de Moraes

O Ministro inicia seu voto com a apresentação de dois apontamentos: o primeiro quanto ao sistema de proteção à criança e ao adolescente determinado pela Constituição, afirmando que possui pouca efetividade; o segundo criticando a forma como o autor expôs os artigos questionados, pois teria realizado corte sem a verificação sistêmica das previsões.

Assim, “[...] os pedidos de inconstitucionalidade do requerente pretendem realmente criminalizar as condutas daqueles que, pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, são sujeitos de direito”. Penalizaria aos protegidos enquanto a responsabilidade deveria recair sobre o Estado, os pais e a sociedade.

Diante de sua discricionariedade, coube ao legislador o estabelecimento dos critérios para o enquadramento nas medidas previstas pelo Estatuto. Se se entendesse a inconstitucionalidade daria azo a extinção de outros critérios, ao ponto de se permitir a internação compulsória.

Diante das considerações realizadas, acompanhou o voto do Ministro Relator, declarando a constitucionalidade dos artigos e improcedência da ação.

4.3.2.4 Voto do Ministro Edson Fachin

Constata de plano inversão de valores promovida pelos pedidos, pois sob o argumento de proteção das crianças e adolescentes “[...] pretende uma higienização social, mascarando o descumprimento do dever do Estado, da sociedade e da família (CRFB, art. 227) de, na realidade, ampará-las”. Em expressa conclusão de improcedência dos pedidos.

Ressalta o Ministro serem as crianças e adolescentes sujeitos de direito privilegiados, gozando de proteção especial, como consta de previsão constitucional e infra. Ademais, para as de situação de rua necessitam de proteção e inserção social, não sendo a solução as atividades repressivas.

A regra proporcional é a do dever de tutela e proteção do infrator, não a privação de sua liberdade. A pretensão da dispensa de reiteração para aplicar a medida de internação não pode ser classificada como a primeira medida a ser tomada, devendo ser utilizada em casos de maior gravidade.

Ao fim, acompanha o voto do Ministro Relator.

4.3.2.5 Votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Celso de Mello e da Ministra Rosa Weber

Tratam-se de votos breves, a tocarem em questões tangenciais, porém não menos importantes, ao caso em tela.

O Ministro Luís Roberto Barroso contextualiza socialmente a situação das crianças e adolescentes, especialmente sobre a educação básica. Constata que existe uma defasagem alta no ensino, ao se examinar a localização onde reside e os recursos institucionais despendidos para a promoção da educação.

Quanto aos artigos impugnados, não verifica inconstitucionalidade, entendendo se tratar de boas previsões. Pelo contrário, “[...] haverá uma inconstitucionalidade por omissão, em sede administrativa, de conseguir dar concretude ao que prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente”.

A Ministra compreende no sentido de que os dispositivos “[...] guardam absoluta consonância com o espírito, com os valores e com os princípios consagrados na nossa Lei Fundamental”.

Desta forma, acabou por se limitar a acompanhar o voto do Ministro Relator.

O Ministro Celso de Mello, em poucas linhas, acompanhou o voto do Ministro Relator.

4.3.2.6 Voto do Ministro Luiz Fux

Em antecipação ao voto, o Ministro destacou que o advogado do autor esclareceu que a ação foi proposta em meados de 2005. À época havia ocorrido a Tragédia da Candelária, na qual várias crianças em situação de rua haviam sido brutalmente assassinadas, e sob este contexto se propôs a ação.

Inicia o voto escrito com a compreensão da inequívoca improcedência dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade dos artigos. Quanto aos artigos que respondem pela liberdade das crianças e adolescentes, existem limites na doutrina da proteção integral que obstam a sua privação. Encontrando-se em sintonia com “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana e com a condição peculiar das crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento”.

As restrições estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo ser de duas naturezas: medidas socioeducativas e medidas protetivas. Não são apenas as práticas de condutas ilícitas que permitiriam a restrição da liberdade de crianças e adolescentes, “[...] mas também quando elas se encontrem em situação de risco que justifique a intervenção estatal para a proteção dos seus direitos”.

O Ministro afirma que na inicial foi confundido o ato de privação de liberdade, mediante apreensão irregular de criança e adolescente, com o encaminhamento ou condução para aplicação de medidas protetivas pela rede de atendimento. Logo, não haveria inconstitucionalidade no dispositivo.

A criação de regras diferenciadas para crianças e adolescentes está em consonância com o princípio da isonomia material, a doutrina da proteção integral e a imaturidade da criança. Possibilitar a internação de menores de doze anos não atingiria o propósito socioeducativo, tal medida deve ser utilizada excepcionalmente e observando a condição do adolescente infrator.

Conclui que o legislador observou e ponderou os critérios para sua normatização, considerando os valores constitucionais. Votou pela improcedência dos pedidos, acompanhando o Ministro Relator.

4.3.3 Busca pela *ratio decidendi* vinculante

A ação direta de inconstitucionalidade n. 3446 trata sobre dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, objetivando a declaração de inconstitucionalidade diante da violação do princípio da proporcionalidade, a inafastabilidade da jurisdição e violação ao devido processo legal.

Em substancioso voto, o Ministro Relator não coaduna com as proposições do autor. Verifica os dispositivos estarem em consonância com a Constituição, especialmente por estarem as crianças e adolescentes inseridos na doutrina da proteção integral. Assim, os artigos questionados se preocupam em preservá-las, ainda que após o cometimento de infração.

Questionamentos sobre conflito entre direitos constitucionalmente previstos se realizarão à definição do âmbito de proteção da liberdade de ir e vir das crianças e de suas restrições ou limitações. Ademais, é extremamente delicada a situação das crianças e adolescentes em condição de rua caso fossem suprimidas as previsões do Estatuto.

Os Ministros Luís Roberto Barroso e Celso de Mello e a Ministra Rosa Weber trouxeram votos brevíssimos que, em questão de fundamentação, pouco agregam ao debate.

É possível se depreender dos votos dos demais membros verificaram a proporcionalidade das regras diante do dever de tutela e proteção das crianças e dos adolescentes, diversamente da privação de liberdade. Ademais, a criação de regras diferenciadoras entre elas permite a sistematização das penalidades impostas em caso de infração.

Não poderia o legislador instituir determinações que causem maiores discrepâncias sociais entre os protegidos. Necessário que se mantenha a inserção social e a proteção delas.

4.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4512, MATO GROSSO DO SUL

4.4.1 Breve síntese dos fatos em julgamento

A Ação Direta proposta pela União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS questionava a Lei n. 3.885/2015, do Mato Grosso do Sul. A impugnada lei trata sobre a obrigatoriedade do fornecimento de informações e documentos por parte de operadoras de plano ou seguro privado de assistência à saúde no caso de negativa entre outras providências.

Haveria desrespeito ao artigo 22, incisos I e VII da Constituição, pois “[...] os Estados, *in casu* o Mato Grosso do Sul, não podem legislar sobre direito civil (matéria contratual), direito comercial e nem mesmo sobre política de seguros [...]”. Requerendo a declaração de inconstitucionalidade da referida lei.

O Presidente da Assembleia Legislativa do Mato Grosso do Sul, afirmando a observância dos textos vigentes através da não inserção de qualquer tipo de privilégio ou discriminação, pugna pela constitucionalidade da norma.

Pedindo a improcedência da ação, o Governador do Mato Grosso do Sul aponta não ter ocorrido qualquer regulação de matéria civil, comercial ou de seguros. Não se alterou a estrutura dos contratos ou os serviços contratados.

A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República opinaram pela improcedência da ação, diante da compreensão de se tratar de regulação sobre direito do consumidor. A primeira ainda verificou ausência de legitimidade ativa.

Ao final do julgamento, julgou-se improcedente o pedido por unanimidade, nos termos do voto da relatora Ministra Cármen Lúcia.

4.4.2 Dos votos dos Ministros

4.4.2.1 Voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia

Aponta inicialmente a Relatora que foi alegado que as regras introduzidas pela Lei n 3.885/2010 do Mato Grosso do Sul desrespeitaram o princípio da intangibilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Quanto a legitimidade ativa da autora, verifica se tratar de entidade de classe com atuação nacional. Possuiria, assim, as condições necessárias para solicitar a verificação em controle abstrato de constitucionalidade.

No mérito, afirma que seu conteúdo não coincidi com a matéria a ser regulada por lei delegada. A Constituição atribui competência concorrente entre os entes para legislar sobre produção e consumo, estando a União responsável pela edição de normas gerais, e aos Estados e Distrito Federal o exercício de competência legislativa suplementar.

“A lei questionada instituiu prática essencialmente extracontratual voltada à proteção do consumidor [...]”, como nos casos de se ter exigido, em caso de negativa, informações e documentos de todos os procedimentos realizados por parte das operadoras de plano privados. Fora exercido pelo legislador estadual a competência assegurada constitucionalmente.

A norma é resultado da função estatal em realizar a proteção ao consumo e o equilíbrio de atuação das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde. Não há interferência nos acordos firmados entre as operadoras e os usuários.

Diante da relação consumerista verificada, tem-se a caracterização da “[...] hipossuficiência ou déficit de informação daquele que, transitória ou permanentemente debilitado, esteja em estado de especial vulnerabilidade em face do fornecedor do serviço”.

Outro apontamento é não haver impedimento da regulação estatal diante da abertura do setor de assistência à saúde à iniciativa privada. Importa a proteção de princípios previstos pela Constituição, como “[...] a dignidade da pessoa humana, a defesa do consumidor e os direitos à saúde, à integridade física e à vida”.

A entrega de documentos, após a negativa de atendimento, não causaria grande impacto financeiro. Justifica-se por se tratar de algumas folhas que conteriam a motivação pela qual o consumidor não seria atendido. Em sentido oposto, o atendimento a obrigação tenderia a aumentar a compreensão do cidadão quanto aos seus direitos e deveres.

Observa, ainda, que “[...] a norma questionada apresenta o potencial de mitigar o nível de desinformação dos consumidores de planos de saúde, presumidamente relevante, considerada a complexidade das atividades compreendidas naquele mercado [...]”.

Não haveria desrespeito a previsão constitucional da livre iniciativa, pois esta não obsta a regulação das atividades econômicas pelo Estados. Como já afirmado, existem princípios constitucionais que devem ser privilegiados e dependem de tratamento estatal. Portanto, “[...] a norma agora impugnada tem o potencial de, ao contrário de limitar a livre iniciativa, fomentar o desenvolvimento de um mercado mais sustentável e equitativo [...]”.

Diante destes argumentos, a Ministra Relatora votou no sentido de julgar improcedente a ação.

4.4.2.2 Votos dos Ministros Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio

Tratam-se de três brevíssimos votos. O Ministro Luís Roberto Barroso avalia se tratar de relação de produção e consumo, tendo o Estado “[...] competência suplementar e, na parte substantiva, o direito mínimo que o consumidor tem é o de saber por que a sua cobertura foi negada pelo plano de saúde”.

O Ministro Ricardo Lewandowski adiciona se tratar de ponderação entre o valor da livre iniciativa e o do direito à informação que tem o segurado de plano de saúde. O Ministro Marco Aurélio dita se tratar de regulamentação das informações a serem prestadas diante de contrato firmado com os segurados.

No mais, acompanham o voto da Ministra Relatora.

4.4.2.3 Voto do Ministro Alexandre de Moraes

Quanto ao mérito, o Ministro explicita entender pela improcedência dos pedidos. Trata-se de normatização quanto ao detalhamento de mecanismos de proteção de consumidores de planos ou de seguros privados de assistência à saúde, em situações pontuais. Não houve indevida atuação estatal quanto a disciplina geral relativa à política de seguros.

Não se observou o desrespeito do princípio da livre iniciativa por parte da legislação estadual. Tanto é que “[...] a essencialidade da discussão não está na maior ou na menor importância do assunto específico tratado pela legislação, mas sim na observância respeitosa à competência constitucional do ente federativo para editá-la”.

No mais, trouxe apontamentos gerais sobre a norma e, ao final, votou pela improcedência da ação, declarando a constitucionalidade da lei questionada.

4.4.2.4 Voto do Ministro Edson Fachin

O ponto de análise tratado parte da distribuição de competências entre os diversos entes federativos para legislarem sobre as matérias especificadas pela Constituição.

A verificação de constitucionalidade a respeito de norma produzida pelos demais entes federativos exige “[...] que o intérprete não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria”.

Enquanto instrumento de descentralização política, o federalismo busca não apenas realizar a distribuição do poder político, mas como meio facilitador para realizar direitos fundamentais.

A superação do conteúdo meramente formal do princípio e o reconhecimento do aspecto material ocorrerá “[...] apenas quando a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*) [...]”.

Na avaliação do caso específico, a norma almeja a criação de obrigação - de fornecer dados e informações ao consumidor em caso de negativa de cobertura - às operadoras de planos e seguros privados de saúde. Assim, tratando-se de rol abarcado pelo direito do consumidor.

A legislação não desrespeita os critérios de competência legislativa constitucionais e não ofende aos princípios da livre iniciativa e do direito adquirido. Diante da fundamentação, julga improcedente o pedido da ação direta.

4.4.2.5 Voto da Ministra Rosa Weber

Ao que toca a legitimidade da UNIDAS, a Ministra se baseou em decisões anteriores que já havia sido analisada, reconhecendo-a.

Em direção ao mérito, os serviços de assistência à saúde são prestação de serviço público, primariamente. Diante deste ponto, a sua regulamentação é complexa, face ao convívio entre empresas de regimes jurídicos e condições diferentes. Trata-se de uma verdadeira relação jurídica trilateral, entre o usuário do serviço, a empresa prestadora e o Poder Público.

A norma estadual impugnada, diante de suas previsões, “[...] esgota-se na relação entre a operadora-fornecedora dos serviços e o beneficiário-consumidor, sem interferir no conteúdo dos planos privados de assistência à saúde”.

Através da legítima competência para regulamentação, visando a proteção e “[...] neutralização da sua condição de vulnerabilidade jurídica, pela falta de conhecimentos das condições técnicas da prestação dos serviços de saúde, previamente estipuladas pelas operadoras dos planos”.

Acompanha o voto da Ministra Relatora, votando pela improcedência do pedido.

4.4.3 Busca pela *ratio decidendi* vinculante

A ação se propõe a verificar a constitucionalidade da Lei n. 3.885/2015, do Mato Grosso do Sul, na qual trata sobre obrigações impostas a operadoras de plano ou seguro privado de assistência à saúde, no caso de negativa, entre outras providências. O desrespeito estaria na falta de capacidade do Estado para legislar sobre a matéria, por se tratar de matéria de direito civil, comercial e de política de seguros.

A Ministra Relatora observou que a norma impugnada trata de questão de produção e consumo, voltada a proteção dos consumidores através da instituição de práticas extracontratuais. Ademais seria função estatal manter o equilíbrio entre a atuação das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde e os contratantes.

Novamente, foram proferidos votos que apenas indicaram o acompanhamento da manifestação da Relatora, por parte dos Ministros Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e da Ministra Rosa Weber, também acompanham o apresentado pela Ministra Cármen Lúcia. A fundamentação principal se objetiva na constatação de que a norma questionada trata-se de matéria consumerista, além disso os Estados têm competência para regular essas práticas, diante da relação trilateral ocorrida nos serviços de assistência à saúde.

CONCLUSÃO

A partir das ideias apresentadas neste trabalho podemos concluir a relevância da atividade realizada durante os julgamentos das ações de controle concentrado de constitucionalidade e a formação de precedentes judiciais vinculantes. Especialmente na observação destes através daqueles.

A construção dos mecanismos se deu a partir da evolução do próprio Direito. A necessidade de se determinar a supremacia da lei, em meados do século XVII, estava fundamentada pela organização do poder e os direitos dos súditos. Ainda que tivesse sido abandonada por movimentos históricos.

Enquanto isso, a Constituição estadunidense de 1787 reavivou as ideias. Coube ao julgamento *Marbury v. Madison* a declaração de inconstitucionalidade da lei calcada na rigidez constitucional, demonstrando a maturação das ideias. Ainda. Consolidou a supremacia política.

Em meados do século XX, as propostas de Hans Kelsen foram admitidas. Através da Corte de Justiça Constitucional e por propositura de ação específica era permitida a fiscalização da constitucionalidade das leis, denominado de controle concentrado de constitucionalidade.

A doutrina do *stare decisis* é um dos alicerces para a manutenção das decisões em controle de constitucionalidade, especialmente no modelo difuso. A decisão proferida pela Corte deveria ser assimilada pelos órgãos inferiores, bem como ser utilizá-la nos julgamentos futuros.

Diante da baixa produção legislativa, o ordenamento jurídico inglês precisava de instituto com o objetivo de gerar grau de estabilidade e previsibilidade das decisões. Diante do julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, houve o estabelecimento pela *House of Lords* de se observar as suas próprias decisões.

A fundamentação dos casos paradigmas precisa ser observada para a determinação e construção do precedente judicial vinculante. A doutrina do *stare decisis* fundamenta o respeito da decisão emitida por tribunal superior, bem como a aplicação aos casos futuros por parte dos órgãos a ele submetido.

A caracterização dos precedentes judiciais se dá através do exame do caso que formou o precedente, por meio de dois elementos: a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. Estes são fundamentais para a devida aplicação do sistema de precedentes, não sendo uma atividade simples.

A *ratio decidendi* consistirá no principal fundamento da decisão, sendo a essência do julgado e que determina a compreensão deste. Sua formação está baseada em elementos históricos, sociológicos e psicológicos a serem aplicados e observados em casos futuros, auxiliando na uniformização do direito.

De outro lado, temos a *obiter dictum* que consiste em argumentos e manifestações que não influenciam diretamente no resultado do julgamento, tratando-se da parte da decisão considerada dispensável. No entanto, tais apontamentos podem simbolizar um posicionamento futuro da Corte.

A manutenção dos precedentes suscitou questionamentos sob um enrijecimento do direito, criando espécie de perpetuidade e estagnando face o desenvolvimento da sociedade.

Desenvolveram-se mecanismos com o objetivo de se afastar esta ideia. O *overruling* acontece nos casos em que se verifica a superação do precedente suscitado. Portanto, o órgão julgador que apresentou a *ratio* analisará e determinará o novo entendimento a ser aplicado.

Outro mecanismo relevante é o *distinguishing*, no qual o tribunal observa que o precedente invocado não se aplica no caso em tela. Trata-se de situação com fatos e direito diversos dos que deram ensejo ao precedente, por meio desta equiparação teremos a criação ou ampliação da *ratio*.

Observa-se que existem raízes similares entre o controle de constitucionalidade e os precedentes judiciais. A necessidade de unicidade e uniformização do direito se veem consagrados nos institutos analisados, mantendo a importância de princípios processuais constitucionais.

Voltando o foco para o ordenamento jurídico brasileiro, podemos verificar a influência dos movimentos históricos desenvolvidos pelo mundo. Desde o período do Brasil Colônia temos a incidência do direito europeu, especialmente do sistema *civil law* utilizado pelo direito português.

A hibridação dos modelos de controle de constitucionalidade foi constitucionalizado na Constituição Federal de 1988. Previu-se tanto a verificação de constitucionalidade através da propositura de ação, na Corte superior, quanto de forma difusa, em todas as ações, independentemente do grau do juízo.

Em 1891, tivemos a influência da Constituição estadunidense, através da admissão do sistema federativo e a forma republicana. Além disso, fortaleceu-se o Poder Judiciário através da extinção do Poder Moderador. Coube principalmente a figura de Rui Barbosa a

importação destes preceitos, especialmente quanto a verificação da constitucionalidade pelo judiciário.

O controle abstrato de constitucionalidade foi sendo introduzido em nosso ordenamento, especialmente a partir da Constituição de 1965 e Emendas n. 1/1969 e 7/1977. Ainda que as decisões de inconstitucionalidade, sem eficácia *erga omnes*, tivessem de ser submetidas ao Senado Federal, para que determinasse a suspensão da execução da lei caso entendesse necessário.

Quanto aos precedentes judiciais, o ordenamento jurídico brasileiro também o esteve desenvolvendo. Mesmo que com denominações diferentes, mecanismos foram sendo inseridos com o objetivo de se realizar a uniformização das decisões, evitando a multiplicidade de entendimentos.

No período colonial surgiu o instituto dos assentos. Diante da existência de dúvida entre os desembargadores da Casa de Suplicação, remetiam ao tribunal pleno para resolver a causa. Após, havia o registro em livro dando força similar a lei interpretada e tendo a necessidade de ser observados pelos casos posteriores.

A doutrina do *stare decisis* não foi incorporada pela Constituição de 1891 e para compensar essa deficiência foi criado o mecanismo denominado prejulgado, para realizar a uniformização e interpretação do direito. Posteriormente, entrou em vigor o recurso de revista, diante da nacionalização da lei.

Em salto histórico, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe a sistematização dos precedentes judiciais, buscando a uniformização da jurisprudência, bem como sua estabilidade, integridade e coerência. Direcionam-se as cortes superiores, por serem as responsáveis pela formação, aplicação ou afastamento dos fundamentos geradores dos precedentes.

O rol de artigo 927 trouxe os casos nos quais se formam os precedentes judiciais, diante da complexidade da questão e do órgão responsável pelo julgamento. Ademais, foram propostos mecanismos objetivando apresentar as circunstâncias e princípios a serem obedecidos.

Introduziram-se as previsões no sentido de permitir a superação ou distinção por parte das cortes. Os argumentos já trazidos foram espelhados nas discussões do Código, para se evitar o enrijecimento do direito.

Após a entrada em vigor do CPC, houveram questionamentos quanto a constitucionalidade do sistema de precedentes. Inicialmente, a determinação de

observação não deve ser compreendida como um dever de consideração, mas, sim, uma obrigação.

Apesar de os dois primeiros incisos do artigo 927 não serem amplamente questionados, visto haver previsão constitucional em sentido similar, os três demais têm pontos impugnados. Passando pela impossibilidade de possuir força vinculante, a atribuição por legislador infraconstitucional, a restrição da independência jurídica do magistrado, entre outros.

Diversamente, a previsão como apresentada é constitucional, visto a obediência aos princípios constitucionais processuais. Ao mesmo tempo, a boa aplicação dos precedentes judiciais dependerá do entendimento do instituto, bem como através de seu respeito.

O inciso I do artigo 927 determina a observação das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, enquanto formador de precedente judicial vinculante. Contudo, devem ser feitas algumas observações quanto aos institutos para a verificação da *ratio decidendi*.

Destaca-se a dissociação entre a previsão de efeito vinculante as decisões em ações de controle de constitucionalidade e o efeito vinculante do precedente judicial. O primeiro foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 3 e diz respeito ao cumprimento do previsto no dispositivo do acórdão. Desta forma, observa-se exclusivamente o *mandamus* determinado ao final do julgamento.

A *ratio decidendi* é o objeto do efeito vinculante do precedente judicial, justificada pela doutrina do *stare decisis*. Caracteriza-se a partir do exame da decisão, através da averiguação das questões fáticas e de direito constantes, da qual se extrairá a norma geral e concreta a ser aplicada nos casos futuros.

A previsão do artigo demonstra a integração da teoria dos precedentes ao nosso ordenamento jurídico. O controle de constitucionalidade causa grande impacto nas relações sociais, nos casos de verificação de desrespeito a Constituição. Pelo modelo abstrato, caberá as Cortes superiores a sua formação, diante de argumentação aberta a análise dos fatores a basear a decisão.

No entanto, a Corte mudou seu posicionamento em algumas oportunidades quanto ao que se denominava de “efeito transcendente dos motivos determinantes”. Este efeito se direcionava sobre a obrigação de as razões apresentadas serem seguidas, além do dispositivo. Ocorre que a partir da sistematização dos precedentes judiciais não há mais argumentos para entendimento contrário.

Diante de seu procedimento já solidificado, o controle concentrado de constitucionalidade permite maior grau de discussão a respeito dos fatos apresentados. Por meio deste, através da participação de *amici curiae* e da realização de audiências públicas, a fundamentação poderá ser construída de forma prolífica.

A partir das informações prestadas e dos argumentos apresentados podemos observar a ampliação do princípio do contraditório e a relevância do papel do dever de fundamentação, ainda que não existam partes contrárias nestas ações. A causa de pedir aberta permite uma amplitude de discussão, privilegiando o melhor resultado final possível.

Enquanto determinação constitucional, o dever de fundamentação tem o objetivo de garantir a legitimidade da atuação jurisdicional, tornando claro os fatores de motivação do julgador e permitindo o controle da decisão. Além de uma obrigação do juiz ou tribunal, trata-se de um corolário do Estado Democrático de Direito.

Em outra vertente, o princípio do contraditório está se desenvolvendo e sendo ampliado, sendo essencial para o sistema de precedentes judiciais. Devem as partes participarem na construção da fundamentação sobre quaisquer pontos que possam influenciar nas razões da decisão.

O Supremo Tribunal Federal precisa lidar com causas de alta complexidade, decidindo sobre pontos que afetam a sociedade e os institutos gerais. No exame de constitucionalidade tem o dever de fundamentar a decisão de forma clara a ser assimilada por todos, evitando que a discussão se perpetue.

A forma como acontecem os debates e a construção das decisões não trazem auxílio na verificação dos fundamentos. Diante de um modelo agregativo cada Ministro constrói e apresenta individualmente a sua compreensão sobre o caso, observando uma ordem de apresentação pré-determinada.

Igualmente ocorre no Plenário Virtual, enquanto ambiente assíncrono de julgamento. Tendo sido criado no ano de 2007, teve mudanças drásticas e enorme ampliação em virtude da pandemia no ano de 2020. As necessidades se impuseram e a ampliação das ações foi necessária para a manutenção dos trabalhos.

Diante de benefícios e prejuízos, o ambiente virtual é uma realidade. No entanto, o Supremo Tribunal Federal precisa entender que existem circunstâncias a serem melhores analisadas e delineadas.

A favor da celeridade e da economicidade, não se pode permitir o desrespeito ao princípio do contraditório, a colegialidade e ao dever de fundamentação. Alterações necessárias e

fundamentais para o devido respeito a formação de precedentes, sem que haja prejuízos futuros.

Os precedentes judiciais são uma realidade em nosso ordenamento, a busca pela sua efetiva implementação e obediência é uma necessidade. As decisões em ação de controle abstrato de constitucionalidade devem ser observadas em todo o seu teor, de modo a construir precedentes. No entanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal compreender o seu papel e auxiliar todos os jurisdicionados a entenderem suas decisões e o modo como impactarão toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais. A (in)constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 314, Abr. 2021, p. 301-313.

_____. *Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculantes e erga omnes na jurisdição constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direitos e Coletivos) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: <https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/8753/1/Georges%20Abboud.pdf>. Acesso em: 18/07/2023.

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Da monocratização à deferência ao Plenário: Um ensaio sobre os critérios para a concessão de medidas liminares no controle abstrato de constitucionalidade. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 312, Fev. 2021, p. 19-35.

ADAMY, Pedro. Plenário Virtual em matéria tributária – Déficit deliberativo e violações constitucionais. In: *Revista Direito Tributário Atual*, n. 46, 2020, p. 512-533. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1113>. Acesso em: 27/07/2023.

AFFONSO, Flavia Martins. O conceito indeterminado de prognose e a Lei 12.401. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 2, n. 129, 2013, p. 13219-13251. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2220/1373>. Acesso em: 02/10/2023.

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 922, Ago. 2012, p. 343-384.

ALVES, Gustavo Silva. Precedentes como fonte do direito no novo CPC: Por uma visão argumentativa do discurso jurídico. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 267, Maio 2017, p. 459-483.

AMAYA, Jorge A. *Control de constitucionalidad*. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Precedentes judiciais e colegialidade: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos*. Londrina: Thoth, 2021.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto; BARBOSA, Claudia Maria. Teoria dos precedentes e sua incompatibilidade com o sistema deliberativo dos tribunais superiores. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 12, n. 3, 2017, p. 861-888. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/26773/pdf>. Acesso em: 21/07/2023.

ASSIS, Araken de. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade. In: *Revista de Direito Processual Civil*, Jundiaí, v. 2, n. 1, Jan./Jun. 2020, p. 6-24. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireiroProcivil/article/view/1777/1572>. Acesso em: 30/06/2023.

ASSIS, Guilher Bacelar Patrício de. *Modificações de precedentes e a irretroatividade do direito: O prospective overruling à luz do modelo constitucional de processo e do art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2021. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/39312/5/4%20Tese%20%28versão%20BU%20UFMG_ajustada%29_Guilherme%20Bacelar.pdf. Acesso em: 02/10/2023.

AVELINO, Murilo Teixeira. O que significa “decisão do Supremo Tribunal Fderal em controle concentrado de constitucionalidade”? In: CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji. (coord.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 343-363.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Constituição e processo: A decisão em sede de controle de constitucionalidade vista a partir da constitucionalização do processo. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: ESDC, vol. 1, n. 7, Jan./Jun. 2006, p. 102-133. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-07/revista07-vol1.pdf>. Acesso em: 20/06/2023.

BALEEIRO, Aliomar. *1891: Coleção Constituições brasileiras*, vol. 2. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *1946: Coleção Constituições brasileiras*, vol. 2. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. London/New York: Routledge, 2016, p. 315-354.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. In: *Teoria Jurídica Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, Jul./Dez. 2016, p. 147-171. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/8714/8530>. Acesso em: 13/04/2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: Desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 183-213.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BELLOCHI, Márcio. A fundamentação das decisões judiciais e sua natureza (não) discricionária. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 268, Jun. 2017, p. 99-115.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: A valorização da *Stare Decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 253, Mar. 2016, p. 347-385.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORGES, Fernanda Gomes e Souza. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade: uma análise a partir da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes. In: CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji. (coord.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 159-176.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27/07/2023

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 130, de 1992*. Suprime o inciso X do artigo 52 e dá nova redação aos artigos 102 e 103 da Constituição Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23SET1992.pdf#page=19>. Acesso em: 24/07/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Representação de inconstitucionalidade n. 1.016-3*. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Assembleia Legislativa e Governador do Estado de São Paulo. Relator(a): Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 20.09.1979. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263791>. Acesso em: 19/09/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1/DF (Questão de Ordem)*. Requerentes: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara Federa. Relator(a): Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 27/10/1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>. Acesso em: 24/09/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 66*. Requerente: Confederação Nacional da Comunicação Social - CNCOM. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília/DF, 21/12/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755365380>. Acesso em: 10/07/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 198*. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília/DF, 18/08/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754015542>. Acesso em: 10/07/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3446*. Requerente: Partido Social Liberal - PSL. Relator(a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF,

08/08/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753361118>. Acesso em: 27/07/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4512*. Requerente: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília/DF, 07/02/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750114863>. Acesso em: 19/07/2023.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; PASSAMANI, Brigida Roldi. O controle concentrado de constitucionalidade e o precedente normativo no CPC/15. In: CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji. (coord.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 63-76.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014204/>. Acesso em: 15/07/2023.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência – A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídica. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 231, Maio 2014, p. 349-363.

_____. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 637-662.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. I. 5. ed. Trad.: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-America, 1959.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: Técnica para a formação e aplicação de precedentes judiciais. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 249, Nov. 2015, p. 421-448.

CHIASSONI, Pierluigi. La filosofía del precedente: Análisis conceptual y reconstrucción racional. In: PULIDO, Carlos Bernal; BUSTAMANTE, Thomas (eds.). *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 21-66.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Sobre a ação direta de constitucionalidade. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, vol. 5, Jul./Set. 1994, p. 28-47.

COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 752, Jun. 1998, p. 11-21.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Elementos para uma compreensão histórica do controle da constitucionalidade no Brasil. In: *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 120, Fev./Maio 2018, p. 92-116. Disponível em:

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1497/1232>. Acesso em: 26/06/2023.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A “objetivação” no processo civil: As características do processo objetivo no procedimento recursal. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 178, Dez. 209, p. 220-226.

COSTA, Alexandre Araújo; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha. O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal: Evolução das formas de julgamento e periodização. In: *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 8, n. 1, 2022, p. 62-87. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/666/770>. Acesso em: 27/07/2023.

_____. O controle concentrado no Plenário Virtual do STF: Perfil das sessões de julgamento e perspectiva de perenidade. In: *Suprema - Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, vol. 3, n. 1, Jan./Jun. 2023, p. 127-161. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/175/90>. Acesso em: 27/07/2023.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Claredon Press, 2004, p. 97-102.

CUNHA, Gabriel Sardenberg. *Precedentes e decisões (potencialmente) vinculantes: obrigatoriedade racional e obrigatoriedade formal na lei processual*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, 2020. Disponível em: https://sappg.ufes.br/tese_drupal//tese_14402_Disserta%E7%E3o%20Final_GABRIEL%20SARDEMBERG.pdf. Acesso em: 21/06/2023.

CUNHA, Guilherme Antunes da. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: A sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina: Thoth, 2021.

DANTAS, Ivo. A argüição de descumprimento de preceito fundamental: A CF e a Lei n. 9.882/99. In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, v. 7, 2003, p. 129-163.

DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: Uma apresentação. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 127, Set. 2005, p. 75-79.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. In: *Revista de Processo Comparado*, São Paulo: RT, vol. 2, Jul./Dez. 2015, p. 99-120.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 100, Out./Dez. 2000, p. 166-185.

- DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. A recepção do instituto do efeito vinculante pelo direito brasileiro. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, vol. 39, Abr./Jun. 2002, p. 209-224.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- EÇA, Vitor Salino de Moura. Plenário Virtual: Compreensão e manejo no ambiente judicial. In: *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: RT, vol. 212, Jul./Ago. 2020, p. 349-362.
- FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Modelo brasileiro de precedentes: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista*. Londrina: Thoth, 2021.
- FERRAZ, Tais Schilling. *Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 265, Mar. 2017, p. 419-441.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 3. ed. rev. e atual. Salvador, Juspodivm, 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999). In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 220, Abr./Jun. 2000, p. 1-17.
- FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *Stare Decisis* no sistema legal norte-americano. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 782, Dez. 2000, p. 90-96.
- FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 521-534.
- FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 950, Dez. 2014, p. 199-231.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: Os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 257, Jul. 2016, p. 343-370.
- GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.
- GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: Colegialidade formal e déficit de deliberação. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 12, n. 1, 2022, p. 276-295. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/8147/pdf>. Acesso em: 27/07/2023.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Labor S.A, 1936.
- GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O *prospective overruling* nas Supremas Cortes brasileiras: A possibilidade de modulação temporal dos

efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidadas à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 258, Ago. 2016, p. 357-385.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 222, Ago. 2013, p. 221-247.

GORGA, Aline Medeiros. O uso dos precedentes vinculantes no ordenamento brasileiro e sua relação com o direito comparado. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, vol. 102, Jul./Ago. 2017, p. 123-146.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas considerações sobre a constitucionalidade do precedente vinculante previsto no Código de Processo Civil. In: *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo: RT, vol. 2, ano 1, Jul./Set. 2016, p. 51-63. Disponível em: https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2017/08/RBA2_Miolo.pdf. Acesso em: 01/07/2023.

HAMILTON, Alexander; JAMES, Madison; JAY, John. *O Federalista*: Tomo Terceiro. [livro digital] Rio de Janeiro: Typ. imp. e const. de J. Villeneuve e Comp., 1840, p. 158-159, 170 e 181. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17661>. Acesso: 04/05/2023.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

JEVEAUX, Geovany Cardoso; DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. O controle de constitucionalidade difuso: Uma análise de sua origem e da modulação de seus efeitos no espaço. In: BEÇAK, Rubens; VIÑA, Jordi Garcia. *III Encontro de Internacionalização do CONPEDI*, 1. ed. Madrid: Ediciones Laborum, v. 3, 2015, p. 121-141.

JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle difuso no CPC. In: CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji. (coord.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 215-242.

KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. In: *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, vol 1, n. 1, p. 38-61, 2015. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/10/17>. Acesso em: 10/07/2023.

LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle da constitucionalidade. In: Martins, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos. (coord.). *Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 537-575.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 145, Jul./Set. 1981, p. 1-20. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387/42051>. Acesso em: 05/07/2023.

_____. Atualidade do Supremo Tribunal. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 78, 1964, p. 453-459. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26723/25591>. Acesso em: 07/07/2023.

LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del “*stare decisis*”. In: *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 33, n. 1, 2006, p. 109-124. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf>. Acesso em: 21/06/2023.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 215-238.

_____. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 237, Nov. 2014, p. 369-401.

_____. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. In: *Civil Procedure Review*, v. 4, n. 3, Set./Dez. 2013, p. 122-152. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/61/57>. Acesso em: 19/07/2023.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, Out./Dez. 2006, p. 37-44. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12/04/2023.

MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MAROCCO, Jair Sá; DA COSTA, Rosalina Moitta Pinto. Vinculação a precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF): análise à luz do Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 288, Fev. 2019, p. 423-443.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. London/New York: Routledge, 2016, p. 503-517.

MARTÍN, Nuria Belloso. Del precedente judicial a los precedentes obligatorios: ¿Ventaja o amenaza para los tribunales inferiores? In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n. 3, Set./Dez. 2018, p. 591-626. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/39181/27461>. Acesso em: 22/06/2023.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 264, Fev. 2017, p. 357-394.

_____. Da corte que declara o “sentido exato da lei” para a corte que institui precedentes. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 950, Dez. 2014, p. 165-198.

_____. Eficácia vinculante – A ênfase à ratio decidendie à força obrigatória dos precedentes. In: *Revista de Processo*, vol. 184, Jun. 2010, p. 9-41.

MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no estado constitucional e democrático de direito: O papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 974, Dez. 2016, p. 129-154.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 241, Jul./Set. 2005, p. 177-208. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370/44673>. Acesso em: 05/07/2023.

_____. O Supremo Tribunal Federal: Um tribunal de teses. In: *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, vol. 21, n. 3, t. 2, Set./Dez. 2019, p. 443-467. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo2/revista_v21_n3_tomo2_443.pdf. Acesso em: 25/07/2023.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 8, n. 1, 2018, p. 668-688. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4615/3501>. Acesso em: 21/06/2023.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In: *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, Jul./Set. 2016, p. 09-52. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/issue/view/106>. Acesso em: 20/07/2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. In: *Revista de informação legislativa*, Brasília, vol. 31, n. 121, Jan./Mar. 1994, p. 185-188. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176231>. Acesso em: 24/10/2022.

_____. Controle de constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses pelo órgão judicial. In: *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 8, Jan. 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1063/1047>. Acesso em: 02/10/2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MINAMI, Marcos Youji; PEIXOTO, Ravi; TAVARES; João Paulo Lordelo G. Questão prejudicial, coisa julgada e transcendência dos motivos determinantes nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. In: In: CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji. (coord.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 243-267.

MITIDIÉRO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 206, Abr. 2012, p. 61-78.

_____. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 245, Jul. 2015, p. 333-349.

MOLLICA, Rogério; OLIVEIRA, Ocimar Barros de. O novo CPC, os precedentes vinculantes e a discussão sobre a (in)constitucionalidade de sua previsão infraconstitucional. In: *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 21, n. 8, Set./Dez. 2018, p. 227-245. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/4510/4246>. Acesso em: 13/04/2023.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 111, Jul./Set. 2003, p. 103-112.

_____. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 75, Jul./Set. 1994, p. 7-25.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Aline Regina das; CAMBI, Eduardo. Processo e tecnologia: Do processo eletrônico ao plenário virtual. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 986, Dez. 2017, p. 87-110.

NOGUEIRA, Octaciano. *1824: Coleção Constituições brasileiras*, vol. 1. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 301-333.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Editora Síntese, vol. 15, 1998, p. 7-20. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70385/39893>. Acesso em: 12/07/2023.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, n. 1, Nov. 1993, p. 178-184. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/68822/38922>. Acesso em: 11/07/2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980863/>. Acesso em: 02 out. 2023.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, vol. 18, n. 2, Maio/Ago. 2017, p. 205-226. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/941/pdf>. Acesso em: 25/07/2023.

PASSOS, Hugo Assis; SANTOS, Cleopas Isaías; OLIVEIRA, João Rafael de. A ampliação de competência do Plenário Virtual no Supremo Tribunal Federal no cenário da crise de saúde gerada pelo COVID 19. In: *IDP Law Review*, vol. 1, n. 1, 2021, p. 258-284. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5396/2087>. Acesso em: 27/07/2023.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. In: *Revista de informação legislativa*, v. 42, n. 165, Jan./Mar. 2005, p. 59-76. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/228>. Acesso em: 20/06/2023.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedente no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 537-568.

_____. A superação de precedentes (*overruling*) no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista de Processo Comparado*, São Paulo: RT, vol. 3, Jan./Jun. 2016, p. 121-157.

_____. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 248, Out. 2015, p. 331-355.

_____. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. In: *Civil Procedure Review*, vol. 8, n. 2, 2017, p. 93-133. Disponível em: <https://cpr.emnuvens.com.br/revista/article/view/152/142>. Acesso em: 01/07/2023.

PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. *O Direito-garantia fundamental da coisa julgada: Coisa julgada injusta e coisa julgada inconstitucional*. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória - FDV, 2006. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/59>. Acesso em: 21/07/2023.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos Pereira. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie; et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 663-680.

PEREIRA, João Sergio dos Santos Soares; VALE, Luís Manoel Borges do. A formação concentrada de precedentes no STF e o julgamento no plenário virtual: Dilemas e perspectivas. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 329, Jul. 2022, p. 371-385.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia imp. e const. de J. Villeneuve e C., 1857. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>. Acesso em: 15/09/2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 259, Set. 2016, p. 405-435.

PIZZORUSSO, Alessandro. La giustizia costituzionale italiana fra modello “diffuso” e modello “concreto”. In: *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n. 4, 2006, p. 1-15, Disponível em: <https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/cuarto/pdfs/Pizzorusso%20italiano.pdf>. Acesso em: 24/01/2022.

POLETTI, Ronaldo. *1934: Coleção Constituições brasileiras*, vol. 3. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PORTO, Walter Costa. *1937: Coleção Constituições brasileiras*, vol. 4. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

POUND, Roscoe. *What of Stare Decisis?* In: *Fordam Law Review*. New York: Fordam University, vol. X, ano 1941, p. 1-13. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol10/iss1/1/>. Acesso em: 20/02/2023.

RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira? In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 11, Jan./Jun. 2013, p. 217-237. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18069/13323>. Acesso em: 04/04/2023.

RE, Edward. D. *Stare decisis*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 702, Abr. 1994, p. 7-13.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. In: *Revista de informação legislativa*, vol. 34, n. 33, Jan./Mar. 1997, p. 51-64. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/193>. Acesso em: 05/07/2023.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 259, Set. 2016, p. 307-329.

RORDORF, Renato. *Stare Decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordenamento italiano*. In: *Il Foro Italiano*, vol. 129, n. 9, set. 2006, p. 279-280/285-286. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23201688>. Acesso em: 22/02/2023.

RUIZ, Maria Angeles Ahumada. La regla de la mayoría y la formulación de doctina constitucional. *Rationes decidendi* em la STC 136/1999. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 58, año 20, Enero/Abril 2000, p. 155-188.

SANTOS, Ramon Ouais; PUGLIESE, Willian Soares. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 272, Out. 2017, p. 375-396.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SEGADO, Francisco Fernández. Controle de constitucionalidade e justiça constitucional. In: Martins, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos. (coord.). *Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Evaldo de Souza da. *O novo cenário do controle difuso de normas no Brasil: Prevalência dos precedentes, controle de sentenças e atos normativos e obsolescência da atuação do Senado Federal*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, 2011. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/632>. Acesso em: 26/06/2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: Condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. In: *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, vol. 1, n. 1, Jan./Jun. 2021, p. 22-56. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/17/14>. Acesso em: 27/07/2023.

SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes judiciais e os assentos da causa da suplicação em Portugal: Eficácia, vinculatividade e publicação. In: *Revista de Processo*, vol. 268, Jun. 2017, p. 533-566.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. In: *Revista de Processo*, vol. 262, Dez. 2016, p. 379-411.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. London/New York: Routledge, 2016, p. 355-406.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente Judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 199, Set. 2011, p. 139-155.

THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR., Clóvis Smith. *Precedentes Judiciais*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598469/>. Acesso em: 15/06/2023.

TORRES, João Guilherme Gualberto. *A verificação de fatos e prognoses jurídico-legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/10413>. Acesso em: 02/10/2023.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional – Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília em regime de cotutela com a Universidade de Alicante, Espanha, 2015. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf. Acesso em: 25/07/2023.

VIANA, Ulisses Schwarz. O precedente à brasileira: vinculação sem persuasão. In: *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 23, n. 129, Fev./Maio 2021, p. 149-172. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2220/1373>. Acesso em: 18/07/2023.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 172, Jun. 2009, p. 121-174.

_____. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 893, Mar. 2010, p. 1374-1359.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

_____. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 235, Set. 2014, p. 293-349.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Porque o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 257, Jul. 2016, p. 371-388.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 66.