

THIAGO MACIEL DE PAIVA COSTA

**SISTEMA DE PRECEDENTES E CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE COMO  
PARÂMETRO DE VINCULAÇÃO DA JURISDIÇÃO**

MARÍLIA

2020

THIAGO MACIEL DE PAIVA COSTA

**SISTEMA DE PRECEDENTES E CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE COMO  
PARÂMETRO DE VINCULAÇÃO DA JURISDIÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em  
Direito da Universidade de Marília, como exigência  
parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob  
orientação do Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira.

MARÍLIA

2020

Costa, Thiago Maciel de Paiva

Sistema de precedentes e controle de constitucionalidade: a (in)constitucionalidade como parâmetro de vinculação da jurisdição / Thiago Maciel de Paiva Costa. - Marília: UNIMAR, 2020.

166f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2020.

Orientação: Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira

1. Controle de Constitucionalidade
2. Decisões Vinculantes
3. Precedentes Judiciais I. Costa, Thiago Maciel de Paiva

CDD – 341.2

Autor: Thiago Maciel de Paiva Costa

Título: Sistema de precedentes e controle de constitucionalidade: a (in)constitucionalidade como parâmetro de vinculação da jurisdição

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob orientação do Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira.

Aprovado pela Banca Examinadora em: 19/08/2020

---

Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira  
Orientador

---

Prof. Dr. Rafael José Nadim de Lazari

---

Prof. Dr. Arthur Bezerra de Souza Junior

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho à minha (pequena-grande) família, que me apoiou em todas as decisões e renúncias que tiveram que ser feitas para enfrentar este desafio; infelizmente não pude desfrutar com eles todos os momentos que gostaria, porém esta ausência me serviu de incentivo a dar o melhor de mim na elaboração deste estudo.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todas as pessoas que me ajudaram nas incessantes horas de pesquisa e estudos para a realização do trabalho.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira, por todos os momentos que se dispôs a corrigir minhas falhas e apontar o caminho a ser trilhado no decorrer do trabalho; agradeço imensamente pela compreensão e calma com que tratou meus pleitos.

Agradeço a todos os professores que fizeram parte da minha construção (e muitas desconstruções e reconstruções) acadêmica; cada um deles conferiu ajuda inestimável na elaboração dos alicerces que sustentam minhas concepções doutrinárias.

Agradeço ao Prof. Dr. Jonathan Barros Vita por ter prestado relevante e indispensável ajuda na compreensão do sistema de referência utilizado para a elaboração do presente estudo; em especial por dedicar os tempos de intervalo das aulas para sanar minhas dúvidas mais pueris sobre o constructivismo lógico-semântico.

Agradeço aos meus colegas e amigos de mestrado, por todas as discussões proporcionadas e pelas experiências trocadas/adquiridas no decorrer dos estudos, trabalhos e seminários.

Agradeço aos colaboradores do corpo administrativo das instituições prestadoras do Minter pelo cuidado e celeridade no atendimento de nossos requerimentos e solução de anseios.

Agradeço, enfim, a todos aqueles me incentivaram e acreditaram no meu potencial de realizar um bom trabalho: o apoio de cada um de vocês foi muito importante para mim.

# SISTEMA DE PRECEDENTES E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE COMO PARÂMETRO DE VINCULAÇÃO DA JURISDIÇÃO

## RESUMO:

Este estudo tem a pretensão de analisar as formas pelas quais a inconstitucionalidade atua como fator de vinculação da jurisdição. Através do método dedutivo, mediante revisão bibliográfica e análise documental, fundamentado no sistema de referência do constructivismo lógico-semântico e entendendo o direito como subsistema social autônomo, faz-se uma correlação entre as repercussões recíprocas na esfera jurisdicional existentes entre a sistemática brasileira dos precedentes vinculantes e as decisões que enunciem, na *ratio decidendi*, a (in)constitucionalidade de um objeto. Para tanto, estabelecem-se as premissas adequadas acerca dos institutos da jurisdição e do precedente judicial, mediante a fixação dos critérios que constituem a *ratio decidendi* dos provimentos jurisdicionais e a doutrina do *stare decisis*. Examina-se a eficácia outorgada aos precedentes e decisões vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que concerne ao significado do dever de observância e aos limites e técnicas de afastamento do precedente. Estabelece-se a compreensão acerca do fenômeno da inconstitucionalidade, de acordo com o sistema de referência que dirige a pesquisa, e investigam-se as maneiras pelas quais este fenômeno se exalta e é reconhecido pelo Direito. Verificam-se os modos de manifestação do controle de constitucionalidade, especialmente o jurisdicional, e as nuances que os inserem em classes jurídicas distintas. Avaliam-se as repercussões processuais da inconstitucionalidade como elemento da *ratio decidendi* e os efeitos vinculantes reforçados que surgem desta estirpe de precedente judicial. Conclui-se que as decisões vinculantes que tenham o reconhecimento da (in)constitucionalidade na sua *ratio decidendi* possuem aptidão para vincular os juízos futuros e determinar a observância das prescrições hipotético-condicionais contidas na sua justificação fático-jurídica.

## PALAVRAS-CHAVE:

Precedentes judiciais. Controle de constitucionalidade. Decisões vinculantes.

# **SISTEMA DE PRECEDENTES E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE COMO PARÂMETRO DE VINCULAÇÃO DA JURISDIÇÃO**

## **ABSTRACT:**

This study aims to analyze the ways in which unconstitutionality acts as a binding factor of the jurisdiction. Through the deductive method, using bibliographic review and documentary analysis, based on the reference system of logical-semantic constructivism and understanding Law as an autonomous social subsystem, a correlation is made between the reciprocal repercussions in the jurisdictional sphere between the Brazilian systematics of the binding precedents and decisions that enunciate, in their holding, the (un)constitutionality of an object. To this end, the appropriate premises about the institutes of the jurisdiction and the judicial precedent are established, by setting the criteria that constitute the holding of the judicial rulings and the doctrine of stare decisis. The effectiveness granted to precedents and binding decisions in the Brazilian legal system are examined, especially with regard to the meaning of the duty of observance and the limits and techniques of the distinguishing and overruling of binding precedents. The understanding about the phenomenon of unconstitutionality is established, according to the reference system that directs the research, and the ways in which this phenomenon is exalted and recognized by law are investigated. The ways of manifesting the judicial review and the nuances that insert them into different legal classes are analyzed. The procedural repercussions of unconstitutionality as an element of the holding and their reinforced binding effects that arise from this class of judicial precedent are evaluated. It is concluded that the binding decisions that have the recognition of an (un)constitutionality in their holding have the ability to make future judgments comply to them and determine the observance of hypothetical-conditional prescriptions contained in their factual-legal justification.

## **KEYWORDS:**

Judicial precedent. Judicial Review. Binding precedent.

## **LISTA DE ABRVIATURAS**

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO- Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

Ag – Agravo

AgRg – Agravo Regimental

DPE – Defensoria Pública do Estado

EC – Emenda Constitucional

ED – Embargos de Declaração

HC – Habeas Corpus

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

MC – Medida Cautelar

MS – Mandado de Segurança

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

Pet. – Petição

QO – Questão de Ordem

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

Rcl – Reclamação

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>1 JURISDIÇÃO E PRECEDENTE JUDICIAL .....</b>	<b>16</b>
1.1 ELEMENTOS DO PRECEDENTE .....	21
1.2 DELIMITAÇÃO POSITIVA DO PRECEDENTE.....	24
1.2.1 Deveres de integridade e coerência .....	25
1.2.2 O rol do artigo 927 do Código de Processo Civil.....	28
1.3 A RATIO DECIDENDI .....	33
1.4 O OBITER DICTUM .....	36
1.5 A DOCTRINA DO <i>STARE DECISIS</i> .....	38
<b>2 EFICÁCIA DO PRECEDENTE .....</b>	<b>42</b>
2.1 CARÁTER PERSUASIVO .....	43
2.2 CARÁTER VINCULANTE.....	44
2.3 DEVER DE OBSERVÂNCIA .....	47
2.3.1 Vinculação horizontal.....	48
2.3.2 Vinculação vertical .....	50
2.3.3 Vinculação da arbitragem.....	52
2.3.3.1 Arbitragem “de direito” .....	53
2.3.3.2 Equidade, usos e costumes .....	55
2.3.3.3 Princípios gerais do direito .....	57
2.4 TÉCNICAS DE AFASTAMENTO DO PRECEDENTE .....	59
2.4.1 Distinguishing.....	59
2.4.2 Overruling.....	62
2.4.2.1 Overriding.....	66
<b>3 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>69</b>
3.1 CRITÉRIOS DEFINIDORES DA INCONSTITUCIONALIDADE .....	75
3.1.1 Inconstitucionalidade formal e material .....	75
3.1.2 Tipo de conduta do objeto .....	76
3.1.3 Extensão da inconstitucionalidade em relação ao enunciado normativo .....	78

3.2 CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JURISDICIONAL .....	79
3.2.1 Momento do controle de constitucionalidade.....	80
3.2.2 (Des)vinculação da inconstitucionalidade a relações jurídicas específicas.....	82
3.2.3 Tipo de pretensão deduzida em juízo .....	83
3.2.4 Competência jurisdicional .....	84
3.3 INCONSTITUCIONALIDADE E INVALIDADE .....	85
3.3.1 Modulação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade .....	89
3.3.2 Inconstitucionalidade superveniente .....	93
3.4 DETERMINAÇÕES DE SIGNIFICADO NO RECONHECIMENTO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE .....	94
3.4.1 Inconstitucionalidade do enunciado normativo.....	96
3.4.2 Inconstitucionalidade de (re)construções normativas .....	97
3.5 EXPRESSÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE COMO <i>RATIO DECIDENDI</i> .....	99
<b>4 REPERCUSSÕES PROCESSUAIS DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE COMO CONTEÚDO DO PRECEDENTE.....</b>	<b>104</b>
4.1 INFLUÊNCIA DA FORMA DE DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE .....	105
4.1.1 Inconstitucionalidade reconhecida em controle concentrado.....	105
4.1.2 Inconstitucionalidade reconhecida em controle difuso .....	110
4.1.2.1 Atuação do Senado Federal .....	112
4.1.2.2 Mutação constitucional da norma contida no art. 52, inciso X, da Constituição .....	118
4.1.2.3 Efeito vinculante no controle difuso.....	123
4.2 A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE .....	123
4.2.1 Aspectos temporais da declaração de constitucionalidade .....	129
4.3 A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO .....	132
4.3.1 Omissão total .....	133
4.3.2 Omissão parcial .....	137
4.4 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.....	139
4.4.1 Coisa julgada .....	140
4.4.2 Relativização da coisa julgada pela inconstitucionalidade.....	142
4.4.3 Modulação dos efeitos temporais .....	147

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>150</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>155</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de examinar o modo como o controle constitucional influencia no sistema de precedentes judiciais do direito brasileiro. Para tanto, através do método dedutivo de pesquisa, utilizando-se de revisão bibliográfica e análise documental, faz-se um estudo acerca da sistemática dos precedentes judiciais e do controle de constitucionalidade. Este trabalho adota como sistema de referência a análise do Direito como um ato de linguagem, especialmente pelas lições fundamentadas no constructivismo lógico-semântico, além disso, faz interseções com a compreensão do Direito como um subsistema social autônomo.

O direito brasileiro é tipicamente alinhado à matriz de estabelecimento do *civil law*, em que tradicionalmente se confere ao Legislativo a aptidão de órgão primário de enunciação das fontes jurídicas. Sem embargo, a evolução política, social e jurídica do Estado brasileiro promoveu certa aproximação deste sistema a algumas estruturas do *common law*, notadamente aquelas relacionadas à outorga de capacidade normativa aos provimentos jurisdicionais, em especial aos temas ligados aos precedentes, de modo que há atuação conjunta das enunciações para a construção do significado dos enunciados normativos e/ou normas jurídicas.

A aproximação realizada entre os dois parâmetros tradicionais de desenvolvimento jurídico implica a necessária adoção de procedimentos efetivos à compreensão do novo paradigma “misto” criado/formado: é inviável a importação de institutos estrangeiros sem a imposição de um crivo para a (re)construção e inserção destes elementos na sistemática jurídica nacional. Através de enunciações positivadas, constitucional e legislativamente, o ordenamento brasileiro foi recheado de ferramentas, tecnologias e instrumentos característicos de sistemas submetidos à força vinculante de precedentes judiciais.

Estes instrumentos relacionados à doutrina de precedentes judiciais devem conviver, no direito brasileiro, com uma complexa sistemática de controle judicial de constitucionalidade. O objetivo do trabalho é analisar a relação entre a conferência – conquanto eventual – de força vinculante e/ou normativa aos precedentes e as mais diversas formas pelas quais o controle de constitucionalidade ocorre judicialmente. Busca-se compreender a relação entre estes institutos jurídicos, especialmente no que concerne à eficácia dos provimentos jurisdicionais frente à nova perspectiva; as diferenças que o precedente cujo fenômeno da (in)constitucionalidade seja elemento da *ratio decidendi* em relação aos demais; e, como ocorre a vinculação das instâncias judiciais a partir destas decisões.

As dificuldades que a compreensão sistêmica destes fenômenos gera no mundo jurídico precisam ser desveladas e, para enfrentar este tema, estrutura-se a dissertação em quatro capítulos. O primeiro deles se ocupa de tratar acerca da jurisdição e do precedente judicial, compreendendo aquela atividade como produtora de enunciados normativos que, veiculados no ordenamento mediante precedentes judiciais ostentam a capacidade de vincular decisões futuras e balizar a forma como o Judiciário encarará situações novas que lhe forem apresentadas por demandas. Assim, assentam-se as premissas que compõem as definições destes institutos jurídicos, delimitando-se o objeto de análise e superando eventuais disparidades de significado.

No segundo capítulo é abordada a eficácia dos precedentes judiciais, principalmente no que concerne ao seu aspecto vinculante, estipulando-se o que vincula, quem pode vincular e quem será vinculado pelos provimentos jurisdicionais. Além disso, o capítulo expõe ferramentas legítimas da jurisdição que – quando utilizadas – implicarão, a despeito da existência e validade de um precedente, na inaplicabilidade (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) da *ratio decidendi*. Estabelecem-se os efeitos jurisdicionais decorrentes do surgimento, identificação, (in)aplicação e eventual superação do precedente.

A finalidade do terceiro capítulo é estipular quais são as compreensões necessárias sobre o fenômeno da inconstitucionalidade e o controle de constitucionalidade – exercido mediante a jurisdição – em consonância com o sistema de referência adotado pelo trabalho. Expõem-se (re)significações de elementos deste instituto, assim como as formas pelas quais ele se expressa no ordenamento e no sistema jurídico. Dedicam-se também à observância de como este fenômeno impõe irritações nos planos de existência, validade e eficácia e como pode atingir tanto enunciados normativos quanto normas jurídicas.

O quarto capítulo do estudo aborda as repercussões processuais da existência de *ratio decidendi* de precedente judicial contenha a (in)constitucionalidade de um objeto (seja conduta ou norma jurídica) como um de seus elementos. Inicia-se este extrato do trabalho pela verificação da dualidade de repercussões em razão da forma judicial de reconhecimento: se em controle concentrado ou difuso (neste último, com especial atenção para a [des]necessidade de manifestação do Senado Federal e também acerca da [des]necessidade de cumprimento de cláusulas de reserva de plenário). Enfim, verifica-se um atributo ostentado especificamente pelo precedente sobre a inconstitucionalidade: a eficácia da coisa julgada inconstitucional.

O sistema de referência escolhido permite que os institutos do precedente judicial, da inconstitucionalidade e do controle de constitucionalidade sejam observados sobre parâmetros distintos do tradicional. A fixação de definições linguísticas destes fatores jurídicos auxilia na conexão entre eles e viabiliza a apreensão das mais variadas repercussões processuais e

normativas que a correlação deles acarreta. O modo como a jurisdição modifica o Direito, ao mesmo tempo em que se modificada pela enunciação de precedentes, é percebida como uma relação circular em que ambos os fatores servem de premissa ao desenvolvimento do sistema jurídico.

Pela forma de estruturação do trabalho, procura-se demonstrar a necessidade de que se realizem algumas (res)significações de termos/dispositivos para a integral compreensão do estágio de evolução da teoria dos precedentes e as implicações advindas do reconhecimento de inconstitucionalidade com força vinculante. Nos capítulos seguintes se edificam as construções imperiosas de significados para, em seguida, utilizando-se sempre das premissas estabelecidas, chegarem-se às conclusões acerca das repercussões processuais e constitucionais da matéria.

## 1 JURISDIÇÃO E PRECEDENTE JUDICIAL

Inicia-se o trabalho pela definição do conceito “precedente judicial”, bem como do meio em que ele surge e se desenvolve: a jurisdição. Este ponto é crucial para esclarecer, desde já, o que se entende abrangido pelo termo “precedente” e para delimitar as repercussões da inconstitucionalidade no âmbito processual da jurisdição. Isto é, se o escopo do trabalho é a avaliação da (in)constitucionalidade, decidida em processos jurisdicionais, no contexto dos precedentes judiciais do sistema jurídico brasileiro, é imprescindível que se trate acerca do plano em que isto ocorre.

A proximidade entre os conceitos “precedente” e “jurisdição” ocorre porque, malgrado de forma incompleta, uma teoria dos precedentes é também uma teoria da jurisdição, pois supre, em parte, as lacunas de compreensão surgidas do abandono (ou tentativa de superação) de um formalismo interpretativo; os precedentes inserem-se como repertório para a construção e desenvolvimento de padrões normativos aptos a regular a justificação e fundamentação dos provimentos jurisdicionais<sup>1</sup>.

Torna-se imperioso, portanto, estabelecer o significado do conceito jurisdição, isto é, expor todos os elementos necessários e suficientes para que algum objeto seja devidamente incluído nesta definição/classe.

A definição de um conceito pode ocorrer de duas formas: conotativa e denotativa. A primeira delas trata do elenco dos critérios imprescindíveis ao ingresso da classe/palavra dentro de um conceito; já a segunda, versa sobre os elementos que compõem a classe do conceito<sup>2</sup>. Bem assim, a definição conotativa de jurisdição é aquela que contém todos estes critérios e, ademais, nada além destes critérios: se elencar critérios insuficientes, permitirá que classes/palavras sejam compreendidas como jurisdição sem que, na verdade, o sejam; por outro lado, se estabelecer critérios em demasia, estar-se-á erroneamente alijando classes/palavras – que são jurisdição, porém não ostentam os critérios artificial e indevidamente estipulados – deste conceito.

A jurisdição é poder, função e atividade: como poder, é a capacidade estatal de impor decisões (conquanto não haja anuência daquele que sofre esta imposição); é a função titularizada pelos órgãos jurisdicionais (que não se restringem ao Poder Judiciário) de promover a pacificação de conflitos, através de processos e procedimentos; e, como atividade, é o

---

<sup>1</sup> SANTOS, Ramon Ouais; PUGLIESE, William Soares. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 272, p. 375-396, out. 2017, p. 378 et seq.

<sup>2</sup> VITA, Jonathan Barros. **Teoria geral do direito**: direito internacional e direito tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 115.

conjunto de condutas adotadas pelo juiz no âmbito processual, no exercício de sua função típica<sup>3</sup>.

Tradicionalmente, a jurisdição é compreendida como o modo pelo qual o Estado, após provocação, compõe um conflito de interesses, mediante aplicação do direito objetivo, com a finalidade de resguardar a paz social e a força normativa do Direito<sup>4</sup>. Negando parte dessa concepção, Alexandre Câmara<sup>5</sup> indica que a jurisdição prescinde de lide (porque nem sempre haverá uma pretensão resistida), e tampouco compõe esta (pois, na verdade, impõe uma solução); para o autor, jurisdição é a “função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através de processo, aplicando a solução juridicamente correta”<sup>6</sup>.

Esta tarefa de definição não é simples, especialmente em razão de compreensões que não circunscrevem diretamente ao Estado a prática de jurisdição, como, por exemplo, convicções que entendem que os árbitros – conquanto privados – exercem este mister<sup>7</sup>. Neste sentido, é preciso expor uma definição que congregue os elementos necessários, sem impor barreiras em demasia ao ingresso na classe/conceito.

Com o intuito de padronizar as comunicações e imprimir coerência a este trabalho, utilizar-se-á a compreensão adotada por Fredie Didier Jr.<sup>8</sup>, que atende ao escopo supracitado:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).

Os critérios que definem este conceito se iniciam pela noção de terceiro imparcial como exercente da função jurisdicional. Isto é, será sempre materializada por uma pessoa que não se confunda com as partes (“imparcialidade”<sup>9</sup>), sendo – além disso – subjetivamente desinteressado em relação aos sujeitos e à demanda.

---

<sup>3</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 165-166.

<sup>4</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 89.

<sup>5</sup> CAMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 39-40.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>7</sup> Cf. CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 71-73. Em sentido, contrário, entendendo que a jurisdição é uma função exclusiva do Estado, visto que se trata de uma expressão da sua própria soberania. Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais; a relação processual ordinária de cognição**. v. 2. 3. ed. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 4-6.

<sup>8</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 173.

<sup>9</sup> Cf. CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e Imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007.

No que tange ao modo imperativo de seu exercício, é indispensável aduzir acerca da inevitabilidade de seu recaimento sobre as partes; estes encontram-se em estado de sujeição perante o juiz (representado pelo Estado ou por outro ente/indivíduo como, por exemplo, o árbitro<sup>10</sup>). Aos sujeitos processuais será imposta a decisão proferida pelo órgão jurisdicional, independentemente da vontade destes.

Por ser a jurisdição uma atividade reconstrutiva, entende-se que os juízes são autoridades que influenciam diretamente na construção e concretização do sistema jurídico: por meio da jurisdição, atribuem às normas jurídicas a codificação de lícitas/ilícitas e verificam o pertencimento destas proposições prescritivas hipotético-condicionais ao sistema<sup>11</sup>. Isto é, o juiz não coleta uma decisão pré-fabricada do ordenamento, é preciso que – mediante interpretação – construa a proposição jurídica individualizada a ser aplicada.

A jurisdição congrega competências e capacidades de não apenas reconhecer uma situação jurídica ativa, mas também de resguardá-la e efetivá-la (tais como pleitos provisórios e executivos). Neste sentido, o teor das normas jurídicas por ela construídas pode ter escopo bastante variado, não havendo qualquer circunscrição à mera atividade cognitiva.

Haja vista que a jurisdição não se submete a controle externo no que tange ao mérito de suas decisões, compreende-se que apenas a própria jurisdição pode modificar as decisões tomadas nestes processos. Resta esclarecer, contudo, que essa insuscetibilidade restringe-se à decisão do caso concreto, uma vez que a norma jurídica com pretensão prospectiva criada pode ser extirpada/modificada por outras estruturas do sistema<sup>12</sup>.

O último dos critérios acima elencados sobre a jurisdição é sua aptidão para formar a coisa julgada<sup>13</sup>: não é necessário que a decisão em si esteja sujeita à coisa julgada, porém que a atividade tenha essa propensão/capacidade. Isto é, a viabilidade daquele comando tornar-se imutável no sistema jurídico é imprescindível à configuração de algo como jurisdição.

Destarte, a jurisdição pode ser apreendida como um procedimento que (re)constrói a norma jurídica que resolverá a demanda apresentada e, ao mesmo tempo, produzirá/concretizará também uma proposição jurídica que servirá para a solução de casos

---

<sup>10</sup> CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Tiago Elder. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 59, p. 367-404, jul./dez. 2011, p. 371-379.

<sup>11</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 142-146.

<sup>12</sup> É viável, por exemplo, que uma emenda constitucional enuncie no ordenamento jurídico proposições textuais que sejam óbices à concretização/manejo de normas prospectivas (re)construídas mediante processos judiciais. Assim, a despeito de não ser legítima a alteração legislativa de sentença transitada em julgado, nada se impede que o direito positivo seja mudado para impedir que o precedente dali surgido continue e incidir no sistema jurídico.

<sup>13</sup> O assunto da coisa julgada será revisitado no item 4.4 desta pesquisa, ao se avaliar a coisa julgada inconstitucional.

futuros que se amoldem ao antecedente normativo jurisdicional<sup>14</sup>. Desta feita, as decisões judiciais são instrumentos não apenas de (re)construção de normas individualizadas para a resolução do caso concreto, porém também de produção normativa com pretensão prospectiva, viabilizando a solução de problemas futuros: é exatamente nesta última face que o precedente toma relevância.

O precedente judicial é algo que necessariamente surgirá do exercício da jurisdição. Da mesma forma que se fizera com a jurisdição, é mister definir o ícone/signo, através da indicação de quais são os critérios e elementos que qualificam/caracterizam uma certa comunicação como um precedente judicial.

Já há algum tempo que o sistema judicial brasileiro toma um rumo de certa convergência entre a tradicionalidade do *civil law* e alguns institutos do *common law*; exemplo disso é a paulatina implementação do uso de precedentes judiciais como argumentos de justificação de sentenças<sup>15</sup>, especialmente quando decorrem dos Tribunais Superiores (mesmo que, em alguns casos, o uso dos precedentes seja realizado com certo descuro do contraste entre as situações fáticas do parâmetro e do objeto<sup>16</sup>). Malgrado o *stare decisis*<sup>17</sup> não esteja necessariamente impregnado na história nacional, o sistema jurídico brasileiro desenvolveu instrumentos que, de alguma forma, procuravam direcionar as decisões judiciais futuras<sup>18</sup>, especialmente quando a finalidade era imprimir força normativa aos comandos constitucionais, como é o caso da súmula vinculante e, bem antes delas, as súmulas “comuns” dos Tribunais em geral<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> DIDIER JR., op. cit., p. 177-180.

<sup>15</sup> Analisando este aspecto evolutivo da compreensão jurisdicional do Direito brasileiro, Caroline Tavares leciona que a tradição do *civil law* ostenta uma primazia pelo direito positivado/escrito, de modo que originariamente o juiz é visto como um intérprete de uma regra já posta, e não como sujeito criador/(re)construtor de normas jurídicas. Não obstante, fatores sociais, culturais e econômicos, aliados à paulatina facilitação de acesso ao Poder Judiciário, serviram de catalizadores na aproximação entre este modelo e o *common law*. Mesmo antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, os precedentes judiciais ganhavam cada vez mais força – embora persuasiva – no exercício prático da atividade judicante, de forma que não era mais possível verificar uma dicotomia tão absoluta entre *civil law* e *common law*. Cf. TAVARES, Caroline. **Ratio decidendi e o sistema de precedentes no Novo CPC**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 11-20

<sup>16</sup> THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo Código de Processo Civil: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 432-433.

<sup>17</sup> Este trabalho aborda especificamente a doutrina do *stare decisis* no item 1.5.

<sup>18</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009, passim.

<sup>19</sup> Para uma abordagem geral da criação, desenvolvimento e uso dos institutos jurídicos das súmulas (vinculantes ou não) no direito brasileiro, cf. HIGASHIYAMA, Eduardo. Teoria do direito sumular. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 200, p. 71-124, out. 2011. O autor faz ainda considerações acerca das diferenças entre as súmulas brasileiras e as compreensões adotadas pelos países que utilizam de precedentes (vinculantes ou não) no desenvolvimento da aplicação/construção jurisdicional do Direito que, pela limitação temática, fogem ao escopo do trabalho.

Quando entendido de forma ampla (sem a exclusão indevida de classes deste conceito), o “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos<sup>20</sup>”. Toda decisão judicial, além de resolver a situação que lhe é demandada, tem a capacidade de inserir novos enunciados no sistema jurídico; essa enunciação demonstra uma pretensão prospectiva dos comandos judiciais que, albergado o antecedente fático, constroem caminhos para a fixação de um conseqüente normativo-jurídico.

A despeito da decisão judicial (re)construir uma norma<sup>21</sup> com eficácia prospectiva, essa proposição jurídica se expressa linguisticamente através de um enunciado, que será integrado ao ordenamento e/ou ao sistema jurídico. Assim, o precedente se expressa não apenas pela enunciação com pretensão prospectiva dele surgida imediatamente, mas também por todas as normas que podem ser (re)construídas a partir do enunciado textual que suporta a proposição hipotético-condicional comunicada por signos linguísticos.

Vale dizer, a decisão judicial insere um enunciado normativo no sistema, que se expressa mediante suportes físicos textuais. Por conseguinte, os enunciados que compõem a relação modal textualizada normativamente serão objeto de (nova) interpretação e, assim, de outro processo de (re)construção normativa<sup>22</sup>. Esta situação é bem clara nos enunciados de súmula vinculante<sup>23</sup>: o texto ali contido será objeto de interpretação, que pode resultar até

---

<sup>20</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 455.

<sup>21</sup> Para este trabalho, a compreensão adotada é que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33). Pensa-se na atividade jurisdicional como reconstrutiva (e não como meramente construtiva) porque o magistrado, quando exerce este mister, não parte de um “grau zero” de significações, pois os enunciados constantes do ordenamento e os elementos do sistema modulam a forma como as comunicações judiciais – na construção de significados normativos – devem ocorrer, na busca de suprimir arbitrariedades; neste sentido, cf. STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, p. 164-165.

<sup>22</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 46, p. 38-71, jan./jul. 2015, p. 52.

<sup>23</sup> Conquanto a súmula vinculante tenha um processo diferente de surgimento dos precedentes tradicionais do *common law*, visto que aquela já surge com a eficácia de submeter juízos futuros, ela serve de exemplo para retratar a situação indicada. Como exemplo se pode pensar na enunciação veiculada pela súmula vinculante nº 13, que versa sobre a vedação ao nepotismo no serviço público; a despeito da compreensão inicial se coibir que relações de parentesco influenciassem na nomeação de agentes públicos, sem exceção de categoria, em momento posterior a Suprema Corte (re)interpretou o enunciado sumulado para permitir que a nomeação para cargos de agentes políticos não estaria inserida no âmbito da vedação. Assim, nota-se que as súmulas e, na sua medida, também os precedentes, inserem normas jurídicas e novos enunciados no ordenamento e eles serão, ocasionalmente, objeto de interpretação e (nova) compreensão e/ou dação de significado.

mesmo na enunciação de proposição jurídica modalizada por comando deôntico de natureza diversa do enunciado inicial<sup>24</sup>.

O exercício da jurisdição resulta em duas dimensões distintas de irritação/modificação no sistema jurídico: a) pela conclusão do caso, (re)constrói-se a norma jurídica que regerá a situação concreta deduzida na demanda; e, b) pela justificação da decisão, constitui-se a proposição jurídica que estipulará os parâmetros a serem utilizados/observados em situações semelhantes no futuro<sup>25</sup>.

O precedente surge da jurisdição e se dirige à regulamentação da própria jurisdição. Pela inserção concomitante de normas jurídicas e enunciados normativos no sistema, ele modula, condiciona e interage com as estruturas/ferramentas de coordenação e subordinação deste. Assim, nota-se a íntima relação que existe entre precedente e jurisdição. Nos próximos tópicos deste capítulo serão abordados fatores relevantes à compreensão do precedente

## 1.1 ELEMENTOS DO PRECEDENTE

Demonstrou-se acima que o precedente se relaciona com o segmento de pretensão prospectiva de uma decisão no âmbito jurisdicional. Como aduz Macêdo<sup>26</sup>, o precedente é uma fonte do direito: à decisão judicial é alocada uma eficácia anexa de lançar-se como texto que servirá de suporte à (re)construção de norma jurídica. Neste ponto do trabalho, serão analisados os componentes deste precedente; ou seja, quais estratos dessa decisão serão incorporados neste conceito/classe.

Para identificar estes elementos – as partes que compõe o signo/conceito precedente – é imperiosa uma análise mais detida acerca da formação deles. É de grande importância no surgimento de um precedente os fatos e as circunstâncias que caracterizam a demanda-paradigma; por este motivo, a construção normativa tende a não ser extremamente abstrata e/ou geral (pois há uma relação de proximidade com os substratos fáticos), embora deva ser universalizável<sup>27</sup>. Estes fatores são características que os diferenciam em certa medida da tradicional jurisprudência do *civil law*.

---

<sup>24</sup> Não há, nos precedentes ou súmulas vinculantes uma vedação de (re)interpretá-los; ao revés, sempre haverá esta necessidade para a construção e aplicação da norma jurídica ao próximo caso concreto avaliado. Em sentido similar, cf. STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 176-177.

<sup>25</sup> Cf. DIDIER JR., op. cit., p. 181-182. É importante ressaltar que justificação não se resume à fundamentação do *decisum*, visto que abarca também questões fáticas e as consequências jurídicas da conjugação destes fatores.

<sup>26</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 462.

<sup>27</sup> ATIENZA, Manuel; NASCIMENTO, Roberta Simões. A propósito do novo código de processo civil brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 3-15, set./dez. 2017, p. 5.

O primeiro elemento do precedente é a conformação fática dos eventos por ele abrangidos na demanda originária. A compreensão deste trabalho de que norma jurídica é o resultado da interpretação de enunciados normativos<sup>28</sup>, expressada linguisticamente através de uma proposição hipotético-condicional qualificada por um modal deôntico (se ocorrer o fato F, instalar-se-á a relação entre os sujeitos S' e S''<sup>29</sup>), aponta na direção de que a apreensão – até mesmo a própria construção – desta somente é viável através da observância do conjunto de fatos e situações que individualizam a relação processualmente deduzida.

Desta feita, a ocasião fática demonstrada no processo judicial constitui elemento do precedente: o enunciado jurídico inaugurado por ele só pode ter pretensão comunicativa de consubstanciar a (re)construção de norma jurídica de situações/causas semelhantes<sup>30</sup>. Insta ressaltar que nenhum evento é exatamente igual a outro; bem assim, para que uma decisão sirva de precedente à outra, não se pode exigir total identidade de fatos, porém é imprescindível similitude fática<sup>31</sup>. A individualização destas circunstâncias de fato, que caracterizam e moldam o precedente, serão mais bem especificadas no item deste trabalho referente à identificação da *ratio decidendi*.

O segundo elemento é a resolução jurídica adotada. Isto é, o tipo de relação jurídica intersubjetiva que surge do confronto dos fatos especializados na demanda. A norma jurídica é composta por um antecedente fático – que, no caso dos precedentes, descreverá o evento deduzido da demanda – e um conseqüente normativo (em linguagem prescritiva) – na forma de uma proposição relacional entre uma pluralidade (pelo menos dois) de sujeitos em torno de conduta proibida, permitida ou obrigatória<sup>32</sup>.

Sendo assim, essa determinação prescritiva é um dos componentes do precedente. Exatamente por determinar uma consequência normativa ao conjunto de fatos observados, é que o resultado jurídico do precedente é também um de seus elementos. Vale dizer, seria ferida a pretensão prospectiva da decisão judicial caso, quando a invocada para a resolução doutra

---

<sup>28</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 39-41.

<sup>29</sup> CARVALHO, op. cit., p. 132-135.

<sup>30</sup> Em sentido similar, cf. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 148-149. Francisco Brum avalia de modo similar este fenômeno, porém sob um prisma mais voltado à redução de discricionariedade judicial, com forte ligação aos deveres de consistência e coerência do exercício da jurisdição (abordados no tópico “1.2.1” desta pesquisa), além de um análise acerca das consequências do ato decisório (BRUM, Francisco Valle. **Decisão judicial**: complexidade, justificação e controle. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 121-148).

<sup>31</sup> SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 56.

<sup>32</sup> CARVALHO, op. cit., p. 140.

demanda, o Tribunal/magistrado conferisse resultado oposto ou contraditório ao que se assentara no evento-paradigma do precedente<sup>33</sup>.

O precedente, nesta toada, é observado sob dois vieses: um fático e outro de cunho prescritivo-normativo<sup>34</sup>. O primeiro deles é composto pelas circunstâncias físicas, materiais e de fato que configuram e delimitam a situação abordada na demanda judicial. Por seu turno, o outro elemento é a proposição jurídica formada: a colocação sistêmica de um modal deôntico – seja ele permissivo, proibitivo ou obrigatório – num determinado arquétipo de relação jurídica intersubjetiva<sup>35</sup>.

O último elemento é a forma de enunciação do precedente. As decisões judiciais são manifestações de agentes legitimados pelo sistema jurídico a realizarem estas comunicações; destarte, estando autorizados para a prolação de enunciados, é necessário que esta conduta seja revestida de alguma forma. Ressalta-se que o elemento do precedente é a existência de uma forma, e não necessariamente a (i)ilicitude desta. Neste sentido, saber se a forma pela qual o precedente foi enunciado está em conformidade (ou desconformidade) às estruturas do sistema é uma questão afeita à sua validade – e, assim, codificação de licitude/ilicitude deste(a).

Atualmente, a forma mais comum de enunciação dos precedentes é a escrita, porém nada obsta – ontologicamente – que ela seja emitida doutra maneira, desde que seja resguardada a possibilidade de futura avaliação<sup>36</sup>, para que se identifiquem os seus dois outros elementos e, nesta toada, a *ratio decidendi*.

Em síntese, três elementos compõem a estrutura de um precedente: a) as circunstâncias do evento que identificam a demanda; b) a resolução jurídica adotada no processo, indicando as consequências que recaem sobre a relação intersubjetiva das partes; e, c) uma forma capaz de externar essas enunciação no sistema jurídico.

Assentada a estrutura do precedente, é preciso analisá-lo sob o prisma do ordenamento jurídico em que ele se insere, uma vez que este é que lhe conformará as consequências dentro

---

<sup>33</sup> Não se olvida da possibilidade do *distinguishing* e/ou *overruling* quando da aplicação da norma contida num precedente enunciado no sistema jurídico (casos tratados, respectivamente, nos itens “2.4.1” e “2.4.2” deste estudo), entretanto, está se aduzindo que – havendo similitude fática – a (re)construção da norma jurídica concreta deve levar em consideração a relação intersubjetiva construída na demanda primária. Isto é, o precedente aponta para adoção de consequências similares quando as situações fáticas também o forem semelhantes.

<sup>34</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12 et seq.

<sup>35</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 169-172.

<sup>36</sup> Com a evolução tecnológica e paulatina aceitação e inserção de seus frutos no âmbito dos processos judiciais, já é viável que a decisão seja proferida de modo oral e inteiramente arquivada com gravações de áudio e vídeo, permitindo que se conheça a integralidade da fundamentação decisória, abrangendo as circunstâncias fáticas da demanda e a determinação jurídica prescritiva, que modalizou a relação existente entre os sujeitos processuais.

dos processos decisórios e imporá as características que moldarão o seu manejo como ferramenta do sistema jurídico.

## 1.2 DELIMITAÇÃO POSITIVA DO PRECEDENTE

Na doutrina do *common law* qualquer decisão está apta a tornar-se um precedente; isto é, prolata-se a sentença e, num caso futuro, mediante análise e contraste daquelas circunstâncias fáticas e jurídicas com as atuais, o julgador a reconhece como um precedente e, então, lhe confere a efetiva vinculação de comandos decisórios futuros. O precedente é vislumbrado sob dois níveis: num primeiro instante, é uma decisão judicial com aptidão de ser seguida e/ou reproduzida pelos órgãos judiciais; contudo, sua dotação da qualidade de precedente dependerá de ser ela efetivamente seguida na solução de demandas semelhantes<sup>37</sup> – o precedente não nasce precedente, porém torna-se precedente.

O ordenamento brasileiro, após a introdução do Código de Processo Civil de 2015, optou por adotar um padrão distinto deste supracitado. O legislador escolheu por elencar algumas espécies de decisões que devem ser “observadas” pelos Tribunais e inseriu deveres de manutenção da jurisprudência (e não de precedentes) de forma estável, íntegra e coerente. No Brasil, algumas decisões já nascem com características (especialmente no que tange à eficácia) de precedentes judiciais reconhecidos, com capacidade de submeter aos seus comandos outras decisões posteriores. Destarte, o direito positivo brasileiro impôs certas nuances à compreensão dos precedentes; esta modulação precisa ser avaliada para que as repercussões das escolhas sejam inteiramente percebidas no sistema jurídico.

Em sentido estrito, os precedentes são aquelas manifestações judiciais que são comunicadas para a solução de uma demanda específica e, em momento posterior, outro provimento jurisdicional reconhece aquela primeira decisão como um precedente que deve ser observado. Por sua vez, numa acepção “ampla”, tomada em conformidade com as determinações contidas na lei processual, pode-se pensar que um regime jurídico similar aos precedentes judiciais *stricto sensu* seja aplicável também às “decisões vinculantes” (sejam estas caracterizadas – ou não – como os tradicionais precedentes). A consequência jurídica não serve como um fator de definição conotativa do termo “precedente em sentido estrito”.

Além de avaliar essas especificidades, o presente tópico tem o escopo de verificar se apenas as decisões arroladas no Código de Processo Civil são capazes de ostentar o regime

---

<sup>37</sup> ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 403-404.

jurídico próprio dos precedentes e, ademais, se existe a possibilidade de alguma daquelas decisões ser proferida mediante um dos indigitados procedimentos e, ainda assim, ser alijada destas características. Parte-se, então, ao texto dos artigos 926 e 927, ambos do CPC.

### 1.2.1 Deveres de integridade e coerência

O artigo 926 do Código de Processo Civil<sup>38</sup> determina que os Tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. A compreensão de um significado inicial desse conjunto de palavras passa pelo entendimento do conteúdo da integridade e coerência desta jurisprudência (e também sistemática de precedentes), que deve ser uniforme.

A utilização do termo “jurisprudência” traz a pressuposição de que a ordem legislativamente enunciada se direciona a um quantitativo plural – ainda que sem a especificação de um número mínimo – de provimentos judiciais<sup>39</sup>. Há uma relação íntima entre a isonomia e/ou igualdade jurídica e o recebimento de respostas equivalentes dos órgãos julgadores quando sejam avaliados pleitos de natureza/circunstâncias semelhantes: “é um princípio básico da administração da justiça que casos parecidos devem ser resolvidos de forma semelhante”<sup>40</sup>.

O dever de integridade tem uma relação muito próxima com a noção de unidade do Direito: é inviável o destacamento de uma certa parte do sistema jurídico para resolver o caso, sem que as demais estruturas/partes integrantes sejam consideradas nesta solução<sup>41</sup>. Compete aos juízes (re)construir a norma jurídica aplicada com base no plexo de enunciados constantes do ordenamento, sejam eles de cunho constitucional, legal, negocial, jurisdicional etc.

Streck e Abboud apontam outra significação à integridade. Os autores compreendem que este preceito está relacionado à ideia de tratamento igual de todos os sujeitos, de maneira com que o processo deve ser percebido e demonstrado como um campo sem surpresas de

---

<sup>38</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

<sup>39</sup> Esta é uma das diferenças entre jurisprudência e precedente, pois este pode surgir até mesmo de uma única decisão, enquanto aquela tem a formação sedimentada numa série de decisões sobre determinado assunto; ainda que não haja um número mínimo para se considerar algo como jurisprudência, é certo que ela surge de uma pluralidade/multiplicidade. No mesmo sentido: THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 364.

<sup>40</sup> Tradução nossa; no original: “it is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike”: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. New York: Oxford University Press, 1991, p. 3.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 225-227.

aplicação das normas<sup>42</sup>. Esta definição é bastante similar aos conceitos de coerência e consistência abaixo indicados.

Dessume-se disto que, também pela integridade, os precedentes não devem ser aplicados por mera e direta subsunção, é necessário que eles sejam compreendidos como partes integrantes das enunciações jurídicas e sejam contrastadas com as demais, convergindo num ponto (e numa forma) de (re)construção e aplicação racional do Direito<sup>43</sup> – mesmo que advindo de precedente (ou, no regramento brasileiro, também de decisão ou jurisprudência vinculante).

É imprescindível que o magistrado perceba existência desta responsabilidade de julgar pela compreensão integral do Direito; caso isto não ocorra, cada juiz continuará decidindo como se estivesse num grau zero de interpretação – contaminando a eficiência qualitativa da organização jurisdicional – e, como corolário de tal conduta, cada sujeito postularia em juízo demandas desprovidas de previsibilidade, cujo resultado poderia indevidamente ser direcionado pela sorte<sup>44</sup>.

O dever de coerência, por seu turno, é ligado à “obrigação de relacionar as normas com as normas que lhes são formal ou materialmente superiores”<sup>45</sup>. Tem-se a compreensão de que as decisões judiciais paradigmas são unidades integrantes do sistema jurídico, cuja dotação de eficácia vinculante prospectiva se condiciona à concomitante observância das outras estruturas do sistema (sob um ponto de vista lógico e histórico), de modo que a (re)construção da norma jurídica a ser aplicada no caso concreto (do presente) será coerente se – e somente se – encontrar respaldo formal e substancial nas outras construções de sentido lícitas (inclusive nas que lhe precederam) dos enunciados correlatos<sup>46</sup>.

A coerência normativa abordada no art. 926 do CPC pode ser vislumbrada sob dois planos, um formal e outro substancial: o formal se refere à ideia de “não-contradição”; o substancial remete à noção de conexão positiva de sentido<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> STRECK; ABOUD, op. cit., p. 179.

<sup>43</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. O Novo Código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais. In: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 164-172.

<sup>44</sup> NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 263, p. 335-396, jan. 2017, p. 341-342.

<sup>45</sup> ÁVILA, op. cit., p. 145.

<sup>46</sup> Ressalte-se, ainda, que pouco importa a origem destes enunciados: sejam eles inseridos no ordenamento mediante manifestações constituintes, legiferantes, judiciais, privadas ou administrativas, o integram e – desde que sejam codificados como lícitos – devem ser considerados e conformados entre si para que a aplicação do precedente ocorra de maneira coerente.

<sup>47</sup> DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 390-392.

Na dimensão formal, a coerência se verifica quando – entre um conjunto de proposições jurídicas – há consistência e completude. Um plexo de proposições é consistente quando são compatíveis entre si<sup>48</sup> (reforça-se a ideia central de “não contradição”); a completude versa sobre a “relação de cada elemento com o restante do sistema, em termos de integridade (o conjunto de proposições contém todos os elementos e suas negações) e de coesão inferencial (o conjunto de proposições contém suas próprias consequências lógicas)”<sup>49</sup>.

No que tange à dimensão substancial<sup>50</sup>, a coerência é observada sob dois pontos: a) intensidade da relação de dependência comum entre o conjunto de proposições; e, b) identidade dos elementos. O primeiro deles é satisfeito por implicação lógica entre as proposições (a verdade da premissa indica a certeza da conclusão) e de equivalência lógica entre elas (os conteúdos da verdade das proposições incidem entre si reciprocamente). A identidade de elementos é encontrada quando as proposições detêm significados semelhantes<sup>51</sup>.

A coerência serve de suporte e reforço normativo para a aplicação de precedentes; ela auxilia na construção de uma sequência (lógica e histórica) de decisões que, pelo conjunto – e confronto às demais estruturas do sistema –, confere materialização mais densa aos comandos contidos na norma (re)construída. Impõe também uma obrigação de autorreferência ao processo de decisão judicial: o magistrado abordará os precedentes anteriores, seja para os seguir, distinguir ou revogar (o respeito à coerência impede que os precedentes sejam simplesmente ignorados)<sup>52</sup>.

Por sua vez, parágrafo segundo do artigo 926 do CPC determina que, ao editar enunciados de súmula, os Tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. A previsão normativa outorga uma significação mais concreta ao dever de coerência: o Tribunal está vinculado à historicidade dos suportes fáticos que servem de antecedente à construção da consequência jurídica de uma norma; somente poderá enunciar súmula quando esta mantiver relação de conformidade – coerência histórica e lógica – com os precedentes que justificam a introdução deste veículo no ordenamento.

Os conceitos integridade e coerência devem ser analisados em conjunto para que a decisão seja legítima e em conformidade ao sistema jurídico. Para que manejo do precedente

---

<sup>48</sup> É inconsistente, por exemplo, o conjunto quando há nele – ao mesmo tempo – a proposição e sua negação; há inconsistência quando algo é e, simultaneamente, não é.

<sup>49</sup> ÁVILA, op. cit., p. 149.

<sup>50</sup> A coerência formal é submetida a um exame absoluto: ela existe ou não existe. Por seu turno, a coerência substancial aceita gradações: ela pode existir em diferentes níveis – dos mais fracos aos mais elevados/consistentes.

<sup>51</sup> ÁVILA, op. cit., p. 149-150.

<sup>52</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 235.

seja realizado de forma consistente não basta o uso de apenas um dos deveres, é preciso que ambos sejam vislumbrados nas manifestações da jurisdição, pois, somente assim, haverá respeito ao sistema jurídico na sua inteireza – que inclui as decisões judiciais que precederam a causa atual.

Aduzido este ponto, parte-se à análise da escolha legislativa em elencar positivamente uma série de decisões capazes de vincular a jurisdição.

### 1.2.2 O rol do artigo 927 do Código de Processo Civil

A redação do artigo 927 do CPC<sup>53</sup> indica em seu *caput* o dever de juízes e Tribunais de “observar”: a) decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle concentrado de constitucionalidade; b) enunciados de súmula vinculante; c) acórdãos em julgamento de demandas repetitivas e assunção de competência; d) enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e, e) a orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A proposição legislativa entabula muito da chamada “doutrina brasileira do precedente”, pois se mostra mais comprometida com a resolução das demandas massificadas (e todas as ocorrências de gestão de processos derivadas destes conflitos) do que com a racionalidade (e coercibilidade argumentativa) dos provimentos jurisdicionais dos Tribunais<sup>54</sup>. Em leitura aparente, a pretensão legiferante é formalizar um sistema de decisões e instrumentos judiciais

---

<sup>53</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

<sup>54</sup> SANTOS; PUGLIESE, op. cit., p. 380-381.

cujos resultados são dotados de força coercitiva por circunstâncias formais estabelecidas pelo direito positivo<sup>55</sup>.

De maneira abstrata – em significação *prima facie* –, por conta do enunciado do artigo 927 do CPC, diversas decisões judiciais já surgem ostentando o caráter vinculante, independentemente de critérios de racionalidade, integridade ou coerência nela contidos<sup>56</sup>. É preciso entender, neste excerto do trabalho, três questões: a) quais os deveres decorrentes de “observar” estes enunciados judiciais; b) se apenas as decisões elencadas neste rol podem vincular; e, c) se alguma decisão proferida neste rito ficará alijada da eficácia/capacidade vinculante.

Há uma percepção de que o magistrado deve decidir a demanda com liberdade; Teresa Wambier ressalta que esta liberdade não é conferida individualmente a cada juiz, porém outorgada – pelo sistema jurídico – ao Judiciário, mediante a dotação de capacidade de interpretar os enunciados normativos e fazê-los incidir nos casos que são levados à sua análise<sup>57</sup>.

E é partindo desse pressuposto que o termo legislado “observar” deve ser entendido. Conquanto o Judiciário seja detentor de independência para resolver as lides, não pode o juiz singular descurar das decisões emanadas por aqueles órgãos judicantes aos quais se encontra vinculado: permitir que o magistrado simplesmente releve<sup>58</sup> uma decisão do Supremo Tribunal Federal equivale a retirar do plano judicial qualquer método de coerência.

Observar deve ser compreendido como o dever de considerar (efetivamente levar em conta) a enunciação sistêmica realizada por algum dos instrumentos arrolados no artigo 927 do CPC. Percebido que aquelas manifestações foram promovidas mediante uso da capacidade interpretativa – e, assim, (re)construtiva – da jurisdição, os juízes e Tribunais devem entendê-

---

<sup>55</sup> Eduardo Cambi e Renê Hellman apontam a capacidade dos precedentes de – ao mesmo tempo que buscam conferir maior racionalidade na prestação judicial – serem instrumentos hábeis à promoção de efetividade e celeridade no julgamento dos processos, uma vez que um sistema estruturado de vinculação aos precedentes tem aptidão de evitar/minorar o fenômeno da jurisprudência lotérica (que impõe à parte vencida o ônus de procurar, mediante recurso, a conformação da decisão no sentido da uniformidade dos provimentos jurisdicionais), que – ao cabo – resulta na postergação indevida do julgamento/resolução da causa. Não obstante, os autores indicam cautela no uso dos institutos processuais correlatos, para que se evitem confusões e, no mesmo diapasão, impeça-se que estas ferramentas (por conta da falta de compreensão) atrapalhem no curso e gestão dos processos. Para aprofundamento na temática confira: CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 231, p. 413-438, mar. 2015, p. 414-415.

<sup>56</sup> ABOUD, op. cit., p. 405.

<sup>57</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 264-265.

<sup>58</sup> O termo “relevar” indica a desconsideração da decisão; ou seja, que ela não foi seguida e o magistrado tampouco realizou o *distinguishing* (sempre legítimo no curso de uma demanda processual) – significa que o agente comunicante rejeitou a inserção do enunciado judicial no ordenamento jurídico, desrespeitando os deveres de integridade e coerência. Por mais uma vez ressalta-se: não é lícito que o juiz decida ignorar o precedente formado pelo devido processo legal.

las como estruturas dotadas da codificação de lícitas<sup>59</sup> e usá-las na resolução das demandas, sempre que o comando for compatível com a situação apresentada.

Não há uma proibição de se interpretar o enunciado inserido por um daqueles métodos (não haveria sequer como [re]construir a norma e aplicá-la na solução de demanda se houvesse essa vedação), o que fica claro é a “obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência”<sup>60</sup>.

Os deveres de “observar” podem ser assim sumarizados: a) se a situação enfrentada pelo magistrado se amoldar ao suporte fático da norma surgida do precedente, haverá necessária vinculação e submissão; b) contudo, se não existir essa correspondência, o juiz possui a obrigação de explicitar as diferenças e motivar a não aplicação da norma vinculante; e, c) vedase que haja a simples desconsideração dos enunciados vinculantes (até mesmo no caso de *overruling* haverá o reconhecimento do precedente inicial).

No que concerne à segunda questão analisada neste tópico, parte-se de uma ótica textual: não há na redação positivada qualquer enunciação direta que vede a observância (com os deveres acima indicados) de outras decisões judiciais. O que a interpretação do texto do artigo 927 aduz é que aquele rol deve ser compreendido como vinculante. Isto não quer dizer, contudo, que somente aquele elenco será dotado desta pujança; a percepção que deve surgir é que o texto serve de veículo a uma proposição permissiva, que confere a outras decisões esse mesmo potencial vinculante.

No subitem anterior foram delineados os deveres de integridade e coerência; estas obrigações não se dirigem apenas às decisões indicadas no art. 927, porém a todo o plexo de provimentos judiciais. Neste diapasão, qualquer decisão judicial tem a capacidade de tornar-se um precedente e vincular – ou gerar “dever de observância” – atos judiciais. A principal diferença reside no fato de que as decisões não constantes daquele rol podem tornar-se vinculantes, enquanto as daquele elenco – ao menos numa perspectiva inicial – surgem com esta força de vinculação. Uma nascem para vincular; as outras, contingencialmente, adquirem a qualidade de vinculantes (quando reconhecidas como efetivos precedentes – independentemente do rito adotado para a sua prolação).

---

<sup>59</sup> Não obstante, em casos como o *overruling*, pode haver uma mudança dessa codificação em certas estruturas semânticas, transformando aquele elemento do sistema em ilícito (v.g. vedar-se a aplicação do precedente após a superação deste, a contar da publicação do acórdão atual – a proposição outrora firmada como lícita deixa de sê-la e recebe nova codificação, com modulação temporal).

<sup>60</sup> STRECK; ABOUD, op. cit., p. 177.

Resta tratar sobre a possibilidade de uma decisão, mesmo que pertencente àquele conjunto/rol enunciado, seja prolatada sem a capacidade de vincular. Isto é, se todas os instrumentos ali presentes serão vinculantes sempre ou se existe exceções àquela estipulação legislativa.

Para se abordar este assunto é mister tecer comentários acerca da eficácia. Entende-se por eficácia a “capacidade do fato de produzir relações jurídicas, do que pode ser dividida em: eficácia jurídica, técnica (sintática: positiva ou negativa; e semântica) e social”<sup>61</sup>. Um mesmo fato pode dar azo a diversas relações/normas jurídicas; ater-se-á àquelas ligadas à capacidade de se vincular provimentos judiciais futuros, ou seja, com a pretensão prospectiva das decisões judiciais. Verificar-se-á a eficácia técnica (viabilidade de produção de normas jurídicas advindas da ocorrência de um evento<sup>62</sup>) destas manifestações judiciais e a (im)possibilidade existir situações de ineficácia: ocasiões em que, malgrado o fato (enunciação de um dos instrumentos enumerados no art. 927 do CPC) tenha ocorrido, não restará inserida no sistema a possibilidade de (re)construção normativa a partir daquela decisão judicial.

Ordinariamente, as enunciações aduzidas no art. 927 do CPC são tecnicamente eficazes, possibilitando-se que a pretensão de prospectividade delas sirva à (re)construção de normas jurídicas aplicáveis a casos posteriores. Entretanto, ocorrem situações de ineficácia técnico-sintática positiva: evento em que “há uma norma que impede que haja a produção normativa, apesar de não invalidar a regra”<sup>63</sup>. Vislumbra-se esta possibilidade, por exemplo, na ocasião em que um determinado Tribunal profere acórdão acerca de um incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e, tempo depois, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de um recurso extraordinário repetitivo, adota posição contrastante com a do órgão local.

Nesta situação, o Tribunal local não descumpriu comando emanado do STF quando proferiu seu julgamento (sequer havia decisão anterior); assim, a manifestação do Tribunal é entendida como legítima e em conformidade com a ordem jurídica. A Corte Suprema, a seu turno, pode considerar o acórdão do Tribunal local quando do julgamento do recurso extraordinário<sup>64</sup>, entretanto, por uma questão de hierarquia organizacional, não estará vinculado à proposição normativa oriunda do IRDR. A manifestação do Supremo será, então, um novo evento, que será percebido pelo ordenamento jurídico como uma causa de ineficácia técnico-

---

<sup>61</sup> VITA, op. cit., p. 126.

<sup>62</sup> Ibid., p. 126.

<sup>63</sup> Ibid., p. 126.

<sup>64</sup> Questão que pode ser entendida como concretização dos deveres de observância de integridade e coerência, ainda que a decisão paradigma tenha fonte em Corte hierarquicamente inferior na estrutura judiciária.

sintática positiva que obstará a (re)construção normativa outrora fundamentada na proposição surgida do IRDR.

É necessário notar que a manifestação do Tribunal não se torna nula; a modificação ocorre no plano da eficácia, e não da validade. Ressalta-se: a validade está presente quando a norma se conforma formal e substancialmente às demais estruturas do sistema jurídico – numa relação de imunização com o conjunto que lhe cerca<sup>65</sup>.

A proposição emanada, quando da prolação pelo Tribunal, estava em consonância com as estruturas formais (o órgão é autoridade legítima para decidir o incidente de resolução de demandas repetitivas) e substanciais (a legitimidade estendia-se à possibilidade daquela manifestação, posto não haver norma em sentido contrário) do sistema, assim, a validade permanece hígida. A despeito de válida, a proposição decorrente do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas deixa de ser vinculante, pois tem sua eficácia obstada. A manifestação posterior do Supremo Tribunal Federal torna-se causa geradora de ineficácia técnico-sintática positiva à concretização normativa inicial pretendida pela decisão do Tribunal local. Esse referido fenômeno é corolário da função normativa de bloqueio de proposições jurídicas: “normas visam impedir ou cercear a ocorrência de comportamentos contrários a seu preceito”<sup>66</sup>.

A decisão posterior torna-se um obstáculo à concretização das aspirações da decisão primária. Como a proposição originária permanece válida, caso esta segunda seja nulificada, extingue-se o objeto que lhe impedia a (re)construção normativa; neste cenário, a primeira proposição jurídica – advinda do IRDR – teria a si novamente outorgada a aptidão técnica de servir de enunciado vinculante às manifestações jurisdicionais.

Diante deste exemplo nota-se o seguinte: a) as enunciações enumeradas no art. 927 do CPC gozam de presunção relativa (um dever *prima facie*) de eficácia vinculante; b) em situações pontuais, estes eventos podem ter afetada a sua eficácia técnica, obstando que deles resultem (re)construções normativas vinculantes; c) as situações de ineficácia técnica não atingem a validade da proposição jurídica que deixou de ser vinculante.

A situação de possível ineficácia e, assim, ausência de força vinculante do precedente ou enunciação, demonstra mais uma vez a importância de o magistrado agir com fundamento nos deveres de integridade e coerência. Agir deste modo pode, inclusive, apontar pela não aplicação de um destes precedentes vinculantes – quando restar justificado que a sua eficácia se encontra obstada.

---

<sup>65</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 206-208.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 210.

Assentadas as premissas sobre a percepção do rol legislativo do artigo 927 do Código de Processo Civil, o próximo tópico do trabalho se destina ao exame do que efetivamente (se) vincula das manifestações judiciais: qual(is) ponto(s) daqueles – por vezes, bastante extensos – provimentos judiciais conformarão as atividades futuras dos demais membros do Judiciário; parte-se à pesquisa da *ratio decidendi*.

### 1.3 A RATIO DECIDENDI

O escopo desta dissertação é analisar as repercussões de quando a *ratio decidendi* envolve a inconstitucionalidade de uma norma, situação e/ou relação jurídica, especialmente no que concerne às influências processuais deste evento. Bem assim, torna-se mister expressar os elementos que compõem o conceito *ratio decidendi* para que, no curso do trabalho, verifique-se como a inconstitucionalidade pode se adequar ou modular esta compreensão incipiente.

Exerce-se a doutrina dos precedentes mediante a observância daqueles que são similares o bastante para serem submetidos ao confronto com a demanda atualmente analisada – considerando-se a cadeia que forma o curso histórico e lógico da decisão –, em seguida, especializam-se os elementos contidos no precedentes (buscando-se identificar as proposições jurídicas assentadas nos casos julgados) e (re)constrói-se a norma jurídica para solucionar a causa em exame, através da aplicação (se for o caso) do precedente<sup>67</sup>.

A *ratio decidendi (holding)* é a solução concreta acerca da matéria decidida no curso da jurisdição<sup>68</sup>, em que se acomodam três elementos: a) definição dos fatos relevantes; b) a racionalidade lógica e jurídica da construção normativa (o porquê de surgir certa consequência deôntica em razão dos fatos apresentados); e, c) o juízo decisório<sup>69</sup>. Trata-se da proposição (ou conjunto de proposições) que embasa a decisão judicial, constituída pelos argumentos (as circunstâncias de fato e de direito) debatidos e firmados pelos julgadores, cuja percepção e/ou afirmação é imprescindível à resolução da demanda e figuram como matéria(s) principal(is) da justificação.

---

<sup>67</sup> STRECK; ABOUD, op. cit., 177.

<sup>68</sup> Cf. PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 80-83.

<sup>69</sup> ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p.107-108.

A *ratio decidendi* contida no precedente não se confunde com o texto da fundamentação<sup>70</sup> ou outros elementos da decisão judicial que veicula o seu suporte físico<sup>71</sup>. Este conjunto de palavras é a manifestação física da enunciação no ordenamento: a *ratio decidendi* será composta pela conjunção dos elementos supracitados dentro da enunciação; apesar de decorrer do texto judicialmente exarado – mormente no segmento da fundamentação –, o *holding* não é idêntico e tampouco se vincula integralmente à opinião do julgador primário.

Da mesma forma que a lei não é a norma jurídica, a soma das palavras escritas na fundamentação das decisões vinculantes não é a *ratio decidendi*. Em ambos os casos se está diante de texto que carece de interpretação<sup>72</sup> para a sua compreensão e aplicação, intermediado pelo processo de (re)construção de norma jurídica.

Mesmo nas situações em que a decisão vinculante é exprimida em curtos excertos, como nos casos de súmulas, não estará ali a *ratio decidendi*. Embora ocorra uma destas situações, a manifestação textual não congrega todos os elementos capazes de conter o *holding* processual; o ordenamento brasileiro reforça esta concepção, ao enunciar, por exemplo, no art. 489, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil<sup>73</sup>, que o juiz deve identificar os fundamentos determinantes da decisão vinculante e demonstrar que há uma efetiva correlação fática de similitude entre a demanda que gerou o precedente e a questão por ele julgada no caso concreto atual.

Assevera-se que não é a própria fundamentação que vincula (razão pela qual é indevida a utilização de termos como “eficácia transcendente dos motivos determinantes”), porém a vinculação se dá pelas normas (re)construídas do precedente<sup>74</sup>. Sob este ponto de vista, a parte da decisão que vincula, a *ratio decidendi*, é composta pelo conjunto de prescrições deônticas que se alocam no âmbito de incidência da formulação linguístico-textual expressada pelo provimento judicial vinculante.

---

<sup>70</sup> Não obstante a adoção desta premissa no trabalho, há opinião doutrinária em sentido diverso, tratando a *ratio decidendi* como um componente da fundamentação judicial, conquanto em sentido não meramente textual; confira: MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 37, v. 206, p. 61-78, 2012.

<sup>71</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 220-223.

<sup>72</sup> É certo que esta necessidade de interpretação pode sofrer mudanças no que tange à gradação; entretanto, por mais simples que pareça o texto de uma enunciação do ordenamento – advindo do legislador ou do juiz –, sempre será indispensável a interpretação para se formular o significado prescritivo daquilo em relação ao sistema jurídico.

<sup>73</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...] § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...] 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.

<sup>74</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 217-218.

Importante notar que *ratio decidendi* e precedente não são termos estritamente sinônimos: é viável a existência de precedente (ainda) sem *ratio decidendi* ou com várias. Ou seja, “para formação do precedente com potencialidade normativa basta a decisão judicial estável e publicada, já para a construção da *ratio decidendi* é indispensável a interpretação da decisão pelos juízes subsequentes, requerendo um mínimo de uniformidade e clareza”<sup>75</sup>.

A estrutura de uma norma jurídica é constituída por um antecedente fático, capaz de acarretar o surgimento/modificação/extinção de uma relação jurídica plurissubjetiva, qualificada por um modal deôntico. Amoldando este arranjo ao que se expusera sobre a *ratio decidendi*, o antecedente fático é composto pelo conjunto de eventos relevantes à conclusão judicial, marcado por um vínculo jurídico-subjetivo que liga esta situação fática ao consequente deôntico estipulado na decisão.

A tarefa de identificar a *ratio decidendi* pode ser bastante complexa, posto que percorre o caminho de reconhecer não apenas uma “tese jurídica” assentada, mas também as circunstâncias fáticas individualizadoras do caso. Não é legítima a especialização do *holding* sem a compreensão dos fatos que foram abordados na causa primária: ele não pode ser abstrativizado e entendido apartado das peculiaridades dos casos que lhe conferiram a origem.

Identificar o *holding* e, então, construir a norma aplicável à situação concreta é o processo que individualiza (a) os elementos imprescindíveis à consequência jurídica determinada, (b) os fatos relevantes/imprescindíveis marcados na demanda e, também, (c) o vínculo lógico e subjetivo que agrega estes dois outros componentes.

Bem assim, o processo de identificação – a busca daquilo que é necessário e suficiente – envolve a análise de dimensões fáticas e jurídicas solucionadas na demanda. A proposição é necessária quando o seu núcleo comporta caminho inevitável ao resultado do julgamento; sem ela, seria inviável chegar ao mesmo resultado. É suficiente, por sua vez, quando não demandar outros elementos, quesitos ou pontos para a resolução da causa. A dimensão objetiva da *ratio decidendi* é a especificação das estruturas necessárias e suficientes ao assentamento das futuras (re)construções normativas<sup>76</sup>.

Relacionadas estas premissas acerca dos fatores compreendidos na definição da *ratio decidendi*, para evitar indevidas repetições ao longo do texto, aprofundamentos serão realizados em tópicos específicos, em situações alusivas ao concatenamento da inconstitucionalidade com este tema, tendo como ideia crucial os preceitos aqui aludidos.

---

<sup>75</sup> Ibid., p. 218.

<sup>76</sup> TUCCI, op. cit., p. 305-306.

Assumido neste tópico que a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação, vê-se a possibilidade de enunciação de questões neste segmento da decisão que não se amoldam ao *holding* do precedente; então, o fragmento seguinte do estudo volta-se à análise do *obiter dictum*.

#### 1.4 O OBITER DICTUM

Usualmente a definição do *obiter dictum* ocorre por exclusão: será tudo aquilo que, contido na enunciação do precedente<sup>77</sup>, não faz parte da *ratio decidendi*<sup>78</sup>. Não importa se é uma questão de fato ou de direito, se não integrar os elementos supracitados da *holding*, será *obiter dictum*.

Ele pode ser entendido como “aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para a sua solução”<sup>79</sup>. Ordinariamente exposto apenas de passagem na motivação do ato decisório, é uma opinião jurídica adicional e dispensável à conclusão adotada, mencionada de forma incidental pelos julgadores; partes dos votos vencidos em decisões colegiadas também podem ser inseridos nesta classe/conceito<sup>80</sup>.

A análise do *dictum* é um subproduto da identificação da *ratio decidendi*; adotada a conduta necessária à individualização desta, todo o resto das circunstâncias fáticas e jurídicas, constantes da motivação ou expressadas incidentalmente, serão classificados como *obiter dictum*. Este elemento das decisões judiciais exsurge efetivamente mediante um processo de exclusão; não obstante, algumas questões sobre ele carecem de maior atenção.

Nada impede que uma decisão expressamente afirme que uma determinada parte serve de *obiter dictum*. Contudo, ainda que haja enunciação direta neste sentido, os elementos dela precisam ser avaliados, para que se perceba aquele ponto – efetivamente – como *holding* ou *dictum*. Aduz-se então que: a) para que um ponto seja considerado *obiter dictum* não é preciso que os julgadores o indiquem como tal; b) caso haja indicação, haverá uma presunção de tratar-se de questão irrelevante, contudo, pelas circunstâncias concretas, é possível que ele veicule – mesmo que em parte – elemento da *ratio decidendi* e, então, seja percebido como tal, a despeito

---

<sup>77</sup> Novamente se aduz que não haverá uma limitação rígida pelo texto enunciado, porém pelas significações e significados que dele podem ser construídos.

<sup>78</sup> SEDLACEK, Frederico D. Miscelâneas argentinas del precedente judicial, y su relación com el nuevo CPC de Brasil. In: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 367. No mesmo sentido, explicitando que ele não é um elemento vinculante dos provimentos jurisdicionais, cf. TAVARES, op. cit., 35-36.

<sup>79</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 72.

<sup>80</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 458-459.

de enunciação textual em sentido contrário; e, c) a manifestação dos juízes no sentido de tal ponto ser *obiter dictum* não quer dizer que ele se restrinja àquilo – outras questões fora daquela seleção podem adquirir esta mesma característica.

Ponto relevante é saber se o *obiter dictum* pode ser utilizado como matéria vinculante de uma decisão judicial. Viu-se que há um rol de decisões vinculantes no direito positivo brasileiro; entretanto, mesmo que presente num daqueles instrumentos, o *dictum* não se presta à vinculação do exercício da atividade jurisdicional.

Nestes casos, a tarefa de identificação da *ratio decidendi* deve ser realizada ainda com mais cuidado, uma vez que aquelas enunciações gozam de presunção de vinculatividade. No caso das “orientações do plenário ou órgão especial” isto fica muito mais latente; embora uma questão seja levantada diversas vezes, se ela não integrar o núcleo dos elementos para o *holding*, ainda será *dictum*, independentemente da quantidade de acórdãos que a abordem.

Assentado que o *dictum* não é capaz de vincular, pouco importando o instrumento pelo qual é enunciado, resta avaliar se este segmento da decisão pode fundamentar novo precedente e, então, noutra decisão transformar-se em *ratio decidendi*.

Esta modificação de *status* é viável, tendo em vista que – nesta nova decisão – as questões fáticas e jurídicas que não eram determinantes no caso anterior, podem vir a sê-lo noutra demanda. Ademais, ainda que abordado tangencialmente no caso primário, o *dictum* pode indicar um provável posicionamento futuro do Tribunal que, quando confrontado especificamente sobre esta questão, manifestar-se-á no mesmo sentido, erigindo aquele ponto ao patamar de *ratio decidendi*<sup>81</sup>.

A distinção entre estes integrantes do precedente é relevante porque estabelece parâmetros/limites (especialmente sintáticos) em que a enunciação pode dar suporte a construções normativas. Caso não houvesse esta separação, possibilitar-se-ia (ao arrepio do devido processo legal) uma proliferação muito elevada de normas jurídicas, o que inviabilizaria a aplicação dos precedentes ou transformaria esta tarefa num ato de puro voluntarismo<sup>82</sup>.

Bem assim, esta segregação em categorias é imprescindível ao funcionamento racional da doutrina do *stare decisis*. Apenas mediante a identificação dos elementos decisórios na conformação da norma jurídica com pretensão de prospectividade é que se terá uma devida apreensão do precedente e das decisões vinculantes. Nesta toada, próximo subitem do trabalho se debruçará acerca da doutrina do *stare decisis*.

---

<sup>81</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 459.

<sup>82</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 90-91.

### 1.5 A DOCTRINA DO *STARE DECISIS*

A doutrina do *stare decisis* tem nascedouro da parêmia latina *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido). A função primordial é viabilizar que decisões judiciais insiram estruturas prescritivas no sistema jurídico, com aptidão para se tornarem precedentes vinculantes para o próprio órgão e também para aqueles que lhe são hierarquicamente vinculados<sup>83</sup>. De acordo com ela, “uma regra de direito, uma vez proferida por um Tribunal, normalmente deve ser seguida até que tal regra tenha que, ou deva ser, modificada”<sup>84</sup>.

Vários fundamentos suportam a adoção desta teoria, em especial quatro deles serão aqui abordados: a) a igualdade<sup>85</sup>; b) previsibilidade; c) economia processual; e d) respeito à construção judicial do direito<sup>86</sup>.

A igualdade, entendida como norma, é expressão indeterminada/aberta, que carece de delimitação semântica para sua correta compreensão e aplicação. Inicialmente destinada a neutralizar desigualdades no gozo/exercício de posições jurídicas ativas, manifesta-se, por vezes, mediante formas de acesso igualitário aos instrumentos e procedimentos jurídico-políticos do Estado Democrático de Direito<sup>87</sup>.

A previsão de um dever de igualdade (v.g., artigo 5º da Constituição Federal) aponta na direção de uma dicotomia sistêmica: igual/desigual, numa relação em que a relevância – e própria existência – de um depende do outro. Esta igualdade é visível sob um prisma jurídico (casos devem ser tratados de maneira igualitária) e um político (as pessoas merecem tratamento igual)<sup>88</sup>.

Neste sentido, ocorre semanticamente uma regra de prevalência, que admite exceções, desde que fundamentadas concretamente em axiomas normativos da Constituição Federal. Isto é, como regra geral, as pessoas e casos merecem tratamento formalmente igualitário, entretanto,

<sup>83</sup> SALGADO, op. cit., 123-124.

<sup>84</sup> FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 89, n. 782, p. 90-96, dez. 2000, p. 96.

<sup>85</sup> A despeito de considerar a igualdade relevante, há parcela da doutrina que entende ser mais adequada a fundamentação sob a perspectiva da racionalidade dos precedentes, motivada na universalização, acarretando também um reforço da vinculatividade horizontal do precedente; neste sentido confira: ZANETI JR., Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da jurisprudência persuasiva como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 235, p. 293-349, set. 2014, p. 300-302.

<sup>86</sup> *Ibid.*, 124.

<sup>87</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil** – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 166-167.

<sup>88</sup> *Ibid.*, 168-169.

é possível a ocorrência de situação em que se impõe o tratamento desigual aos casos ou sujeitos; o tratamento igual – como regra de prevalência – é bastante em si mesmo para aplicação jurídica e social, ao revés, o tratamento desigual demanda justificação específica, para que se ocorra uma exceção legítima à regra de isonomia estipulada (e não uma violação à preceito jurídico)<sup>89</sup>.

Relacionadas estas proposições mais especificamente à doutrina do *stare decisis*, nota-se que adoção dos precedentes é um corolário da regra de prevalência da igualdade jurídica: casos iguais merecem o mesmo tratamento. Não obstante, desde já fica assentada a legitimidade de exceções (desigualdades) à aderência à *ratio decidendi* dos casos passados, normalmente pelo uso do *overruling* e/ou *distinguishing* (abordados no capítulo seguinte), numa situação em que um caso semelhante receberá (de forma lícita) um tratamento desigual.

A segunda justificação avaliada é a previsibilidade; dotada de forte laço com a segurança jurídica. Essa norma pretende conferir viabilização de conhecimento do Direito (muito mais uma cognoscibilidade do que uma certeza), aliada à calculabilidade e estabilidade jurídica<sup>90</sup>. Mediante a previsibilidade como fundamento do *stare decisis*, tem-se que as decisões judiciais – como instrumentos de enunciação – são aptas a modularem condutas sociais ainda não deduzidas processualmente. Os precedentes reforçam a segurança das relações jurídicas, visto que os sujeitos adotarão condutas que se amoldem à construção advinda das decisões vinculantes, pois, no caso de judicialização, haverá a expectativa de que o processo seja solucionado de forma semelhante à situação paradigma.

A economia processual é percebida pelo fato que a *ratio decidendi* contida no precedente, ao vincular os demais casos, diminui a quantidade de tempo gasto pelos magistrados<sup>91</sup>. Reitera-se que os juízes e tribunais não estão desobrigados de justificar as decisões, contudo – em vista a presunção relativa de vinculação dos precedentes – a carga de trabalho será mais concentrada na identificação de semelhanças fáticas e jurídicas, do que na ratificação das fundamentações jurídicas assentadas no *holding* anterior. O respeito às decisões anteriores implica em reconhecer a legitimidade das discussões e argumentos enfrentados pelo Tribunal na constituição do precedente<sup>92</sup>. Seguir a *ratio decidendi* é, assim, também uma forma de reconhecer a licitude das conclusões adotadas como resultados de argumentações devidas.

Discute-se se este respeito às decisões pode acarretar o perigo de envelhecimento do Direito com o *stare decisis*. Se as matérias convertidas em precedentes não forem reavaliadas,

---

<sup>89</sup> Ibid., 172-173.

<sup>90</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 26-27.

<sup>91</sup> THAMAY, op. cit., p. 241.

<sup>92</sup> SALGADO, op. cit., 124.

a despeito de modificações na estrutura da sociedade, haverá um óbice ao desenvolvimento ou modificação acerca do entendimento sobre determinado ponto de vista jurídico ou qualificação de relações fáticas. E isto de fato poderia ocorrer caso o *stare decisis* fosse tomado de forma absoluta; entretanto, ele é visto como uma regra de prevalência, que pode ser excepcionada em determinadas situações.

Para o entendimento destas exceções, deve ser analisada a autorreferência judicial, definida como o “dever de fundamentação específico, pelo qual o magistrado precisa, necessariamente, referir-se ao que foi realizado anteriormente pelos seus pares para decidir adequadamente uma questão similar”<sup>93</sup>. É uma manifestação das obrigações de integridade e coerência das decisões judiciais relacionada com o *stare decisis*; tem como pretensão normativa primária que o Judiciário se refira aos casos por ele decididos, independentemente de seguir ou modificar a tese preteritamente adotada.

Busca-se impor racionalidade e segurança ao sistema, na medida reforça a revisitação das decisões passadas, mesmo que seja para afastar a aplicação delas ao caso concreto. O dever de autorreferência serve, ainda, como uma justificação externa da força vinculante dos precedentes: através da justificação do caso atual mediante referência ao passado, os expectadores poderão perceber a (des)conformidade à *ratio decidendi* e, assim, perceber o (des)respeito à decisão vinculante.

A prescrição normativa inserida no art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC se amolda aos ditames expostos da doutrina do *stare decisis*, especialmente à noção de autorreferência. Mediante as expectativas e significações possíveis deste enunciado, importantes estruturas do respeito ao precedente foram positivadas no ordenamento brasileiro e, neste sentido, reforçando a atividade judicial como fonte criadora de enunciações prospectivas e vinculantes.

Conquanto não se possa afirmar conclusivamente que o ordenamento brasileiro incorporou integralmente a doutrina do *stare decisis*, é certo que acolheu diversos de seus instrumentos e está, paulatinamente, reforçando o uso de precedentes como fontes do direito.

O presente capítulo demonstrou como o precedente é integrado por todas as normas jurídicas reconstruíveis a partir dos elementos linguísticos de sua *ratio decidendi*; ele surge da jurisdição e também se dirige a ela, enunciado comunicações legítimas no sistema jurídico. A positivação dos deveres normativos de integridade e coerência reforça aproximações da organização processual brasileira com a doutrina do *stare decisis*, ainda que numa maneira distinta da usual, tendo em vista a expressão de um rol de procedimentos/ que – por sua natureza

---

<sup>93</sup> MACÊDO, op. cit., p. 466.

(incluídos alguns ritos que versam sobre inconstitucionalidade) – teriam aptidões próprias de *holding* reconhecido no *common law*.

Os fatores aqui avaliados são indispensáveis para a compreensão do que efetivamente vincula nas decisões, sejam elas caracterizadas estritamente como precedentes, ou não. Através destas premissas é que será vislumbrada se a inconstitucionalidade reconhecida em um provimento jurisdicional integra a *ratio decidendi* e/ou se tem aptidão para vincular os demais órgãos judiciais na resolução de demandas futuras.

Estabelecidos os alicerces do precedente e da jurisdição, o próximo capítulo deste trabalho se voltará ao estudo da eficácia do precedente, com o tratamento das formas pelas quais os fatos jurídicos presenciados e firmados em precedentes judiciais repercutem nos segmentos processuais do sistema jurídico.

## 2 EFICÁCIA DO PRECEDENTE

Este capítulo tem o ensejo de firmar posições gerais sobre repercussões jurídicas da enunciação de precedentes, especialmente no que concerne aos deveres impostos aos juízes/árbitros no exercício da jurisdição. As premissas aqui definidas são importantes ao tema do trabalho porque servirão como regras/estruturas básicas de prevalência quando o precedente versar sobre a inconstitucionalidade; ou seja, estas razões serão aplicadas às decisões que tratem sobre (des)conformidade de um objeto aos ditames constitucionais, exceto naquilo que for particularidade do controle de constitucionalidade. Bem assim, edificam-se os alicerces que suportarão as consequências da inconstitucionalidade como parâmetro de vinculação da jurisdição brasileira.

O precedente judicial surge de um evento, isto é, algo individualizado no tempo e no espaço. Tendo em vista que o sistema jurídico percebe e manifesta os fatos através de sua própria linguagem, a juridicização do precedente como um fato jurídico depende das próprias estruturas do sistema; ou seja, a consequência da adoção deste precedente judicial – e, assim, eventual dotação de força normativa à *ratio decidendi* – depende das regras de subordinação e coordenação que organizam o sistema normativo<sup>1</sup>.

Neste sentido, a enunciação de uma decisão judicial é um acontecimento, cuja percepção como um fato que integra o antecedente descritivo de uma norma jurídica perpassa pelo seu reconhecimento e codificação em conformidade com o sistema jurídico. Ter força meramente persuasiva ou efetivamente vinculante não é algo que decorre da natureza do precedente, porém da forma como o sistema jurídico se organiza. Saber o que (se) vincula e quem (se) vincula são questões cuja resposta é obtida pela análise do sistema jurídico, especialmente pela verificação das normas que se inserem neste âmbito temático

Em termos bem diretos, a eficácia do precedente é aqui concebida como a aptidão da *ratio decidendi* (e, em alguns casos, também do *obiter dictum*) de uma decisão judicial enunciar suportes textuais cuja (re)construção de significados seja capaz de influenciar na prolação de provimentos judiciais futuros.

Ter eficácia é, portanto, ser configurado como um evento que, ao final, influencia em decisões judiciais posteriores; a forma e intensidade com que essa influência é exercida e/ou percebida serão os tópicos avaliados nos próximos itens do trabalho. Inicia-se verificando as aptidões persuasivas e vinculantes dos precedentes.

---

<sup>1</sup> Abordando os conceitos aqui utilizados para se atingir a percepção incipiente da eficácia do precedente, confira: VITA, op. cit., p. 100-103.

## 2.1 CARÁTER PERSUASIVO

Qualquer precedente pode servir na persuasão de uma decisão judicial futura. É premissa deste trabalho que não apenas a *ratio decidendi* ostenta esta aptidão, porém que as considerações constantes do *obiter dictum*<sup>2</sup> também são capazes de persuadir<sup>3</sup>. Assim, nem todo precedente vincula, porém todos eles são aptos a persuadirem – mesmo que não concretizem esta pretensão.

Conquanto não se olvide da necessidade de adequação do procedimento – adotado nos Tribunais – de discussão e votação das matérias que são apreciadas, para se fazer incluir uma efetiva deliberação colegiada, possibilitando linearidade argumentativa e unicidade de premissas acolhidas pelos ministros/desembargadores, para a devida formação do precedente judicial<sup>4</sup>, é certo que algumas manifestações destes órgãos resultam em precedentes, que veiculam enunciações jurídicas com os elementos da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*.

Adotado o Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais devem ser fundamentadas no sistema jurídico. Para que seja promovida a segurança/certeza esperada do Judiciário, é imprescindível que os sujeitos tenham conhecimento do conteúdo das normas jurídicas e que elas sejam aplicadas com linearidade racional, permitindo o cálculo razoável das condutas sociais lícitas<sup>5</sup>.

A maneira como os enunciados do ordenamento são estipulados (com linguagem dotada de ambiguidade conotativa e vagueza denotativa), possibilita que mais de um sentido legítimo seja atribuído a um dever/direito<sup>6</sup>, em conformidade com as regras e princípios constitucionais<sup>7</sup>. Desta forma, com o fito de promover a segurança jurídica demandada pelo Estado de Direito, é preciso que, sempre que possível, haja (eventualmente) a uniformização de compreensões judiciais sobre certo tema.

---

<sup>2</sup> V.g., é o caso de uma questão jurídica não diretamente correlacionada à solução da situação-paradigma que, entretanto, por conta de sua construção racional, pode servir para manifestar – conquanto de forma oblíqua – um significado possível à interpretação de um texto legal: malgrado não vá existir plena vinculação, nada obsta que um magistrado futuramente siga o mesmo caminho para a construção de norma jurídica, utilizando como parâmetros os pensamentos comunicados em *obiter dictum* de precedente.

<sup>3</sup> Em sentido contrário, entendendo que o efeito do precedente decorre apenas da *ratio decidendi*, adotada pela maioria dos membros do colegiado, confira-se: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 467-468.

<sup>4</sup> 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. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 2, p. 205-226, maio/ago. 2017, p. 207-209.

<sup>5</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 19-20.

<sup>6</sup> Em sentido contrário, entendendo que haverá apenas uma única resposta correta, mesmo para questões complexas de direito e moralidade pública, confira: DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127 et seq.

<sup>7</sup> NEVES, op. cit., p. 207 et. seq.

Neste sentido, as manifestações judiciais – ainda que através de precedentes não vinculantes – servem como significações possíveis/legítimas dos enunciados normativos constantes do ordenamento. As normas (re)construídas no âmbito daquelas demandas ingressam no sistema com presunção de licitude e pretensão de prospectividade; sendo dotadas de argumentos racionais, podem ser consideradas e aderidas por novos juízos em processos distintos – ostentam, assim, poder de persuadir mediante a exposição de uma significação possivelmente correta.

A *ratio decidendi* dos precedentes não vinculantes, assim como o *obiter dictum* de qualquer precedente, se mostram como indício de uma resposta racional e adequada ao ambiente social<sup>8</sup>. Veja-se que os magistrados não serão compelidos a seguirem a parte não vinculante do precedente, entretanto, podem utilizá-lo para a justificação da decisão adotada (é a eficácia mínima de qualquer precedente<sup>9</sup>); este fator se mostra mais latente pela existência dos deveres de integridade e coerência dos provimentos jurisdicionais.

Existem decisões que, malgrado não vinculantes, são dotadas de uma “persuasividade reforçada” por opção legislativa. É o caso, por exemplo, do cabimento de recurso especial fundado em divergência de entendimentos (art. 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal<sup>10</sup>); são situações em que acórdãos conflitantes serão avaliados e poderão servir de justificação para uma decisão posterior e, além disso, força-se o seu reconhecimento como elemento de potencial irritação no sistema<sup>11</sup> – seja pela adoção de uma proposta constante deles ou pela declinação delas, porém sempre mediante a discussão e avaliação específica das decisões com pretensão de “persuasividade”.

Apreendido que qualquer precedente, dotado de racionalidade e veiculador de significação (possivelmente legítima) de enunciado normativo, tem a aptidão para servir como argumento de justificação de juízos futuros, passa-se à análise doutros desdobramentos da eficácia deles, relacionados ao aspecto de vinculação.

## 2.2 CARÁTER VINCULANTE

O precedente é externado por um conjunto de signos que são percebidos pelo Direito como enunciados normativos; estes enunciados serão submetidos à interpretação, em que o

---

<sup>8</sup> TUCCI, 2004, op. cit., p. 13.

<sup>9</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 470.

<sup>10</sup> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

[...] c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

<sup>11</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 470.

resultado será a (re)construção de uma ou mais normas jurídicas; a norma é composta por um antecedente fático e por um conseqüente prescritivo normativo, numa relação hipotético-condicional entre uma pluralidade de sujeitos<sup>12</sup>; a *ratio decidendi* vinculante, então, é formada pelo conjunto de construções normativas possíveis e legítimas a partir da enunciação proferida pelo órgão julgador.

Assevera-se que, diferentemente do caráter persuasivo, apenas o *holding* do precedente estará apto a ostentar caráter vinculante<sup>13</sup>: somente aquele conjunto de elementos é capaz de submeter decisões futuras aos comandos ali inseridos. Assim, não há falar em *obiter dictum* vinculante, mesmo que esposado numa decisão submetida a algum dos ritos contidos no art. 927 do Código de Processo Civil.

A vinculação impõe que juízes e tribunais apliquem as próprias decisões e as dos órgãos aos quais estão hierarquicamente vinculados. Não podem tratá-las como simples recomendações ou conselhos: se houver correlação fática entre os antecedentes normativos, devem ser aplicados os mesmos conseqüentes jurídicos; a *ratio decidendi* do precedente é, então, veículo introdutor de enunciados normativos cogentes no ordenamento.

O modelo de precedentes vinculantes não busca desobrigar o juiz da observância da lei, porém traça mais uma maneira de regular a discricionariedade do magistrado na construção de significados aos enunciados jurídicos; expõe-se como uma forma democrática de controle da autoridade judicial, tendo como parâmetro a universalização da decisão para os casos futuros (formação do precedente) e o já decidido nos casos anteriores (aplicação do precedente)<sup>14</sup>.

O caráter vinculante do precedente acarreta diversas repercussões no sistema; nesta dissertação, serão avaliadas especificamente quatro delas: a) dever de submissão e aplicação do conteúdo vinculante do precedente<sup>15</sup>; b) construção de óbices à revisão de decisões judiciais; c) criação de causa autorizante para a admissão ou acolhimento de ato postulatório; e, d) oportunizar a rescisão de decisões judiciais<sup>16</sup>.

Determinados precedentes detêm aptidão de impedir a modificação e/ou revisão de uma decisão judicial. Este óbice se dá mediante a não admissão do pleito revisor ou através da criação de uma cláusula que oportunize a denegação – de plano – do mérito do pedido<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> CARVALHO, op. cit., p. 132-135.

<sup>13</sup> ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. *Cuadernos Jurídicos ius et Tribunalis*. Lima, Peru, a. 1, n. 1, p. 31-49, jan./dez. 2015, p. 37 et seq.

<sup>14</sup> Ibid., p. 38-39

<sup>15</sup> Esta repercussão será apreciada no item seguinte do trabalho, reservado ao dever de observância.

<sup>16</sup> Este ponto será abordado no tópico “4.4” do trabalho, que versa acerca da coisa julgada inconstitucional, com referência ao enunciado do art. 525, §§ 12 a 14 do Código de Processo Civil.

<sup>17</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 470-471.

Como exemplo do que pode ocorrer nos recursos em razão desta forma de incidência obstativa do precedente, veja-se a redação do art. 932, inciso IV do Código de Processo Civil<sup>18</sup>. Confere-se ao relator de recurso o poder de negar provimento – em decisão monocrática não submetida automaticamente ao órgão colegiado – quando a demanda estiver em contrariedade à *ratio decidendi* de certos precedentes vinculantes.

Este óbice não outorga apenas uma faculdade ao relator; impõe-lhe uma obrigatoriedade processual: pela eficácia vinculante daqueles precedentes, as normas jurídicas a ele atribuíveis devem ser aplicadas se houver correlação entre os antecedentes fáticos. Ou seja, se não for caso de *distinguishing*, não pode o magistrado escolher não seguir o precedente: estará compelido a adotá-lo, mesmo que monocraticamente e mesmo que isso engesse uma concepção, visto que não ostenta legitimidade para modificar o entendimento<sup>19</sup>.

Esta aptidão de obstar serve, portanto, como um reforço à natureza vinculante da *ratio decidendi* de certos precedentes, posto que ratifica cogência à decisão judicial proferida com fundamento neles. Cria-se uma situação de ineficácia técnico-sintática positiva à capacidade de revisão do recurso interposto em desconformidade à norma contida no precedente.

Em contrapartida, o precedente também pode ressaltar uma característica autorizante, que ocorre quando ele é “determinante para a admissão ou acolhimento de ato postulatório (como recurso, demanda ou incidente processual)”<sup>20</sup>. Cita-se como exemplo a norma contida no enunciado do art. 311, inciso II, do Código de Processo Civil<sup>21</sup>, que permite concessão de tutela de evidência quando a situação se amoldar à tese firmada no julgamento de casos repetitivos.

Ratifica-se que a existência do precedente vinculante, aliado à questão da similitude fática, impõe o dever de sua observância. Assim, mesmo quando se utiliza o termo “autorizar”, está-se empregando-o de maneira cogente, apenas como uma permissão sistêmica, porém como uma obrigação do magistrado na gestão do processo, visto que se trata apenas de um desdobramento da característica vinculante do *holding*.

---

<sup>18</sup> Art. 932. Incumbe ao relator

[...]IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;  
 b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;  
 c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

<sup>19</sup> Para maior aprofundamento nesta questão veja o item que trata sobre o *overruling* do precedente.

<sup>20</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 471.

<sup>21</sup> Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

[...] II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

É necessário asseverar que a pretensão da lei processual não se esgota com a simples viabilização da cogência decisória: garante-se a igualdade e previsibilidade, através da inserção legislativa dos deveres de uniformização, estabilidade, integralidade e coerência das decisões<sup>22</sup>. A formação da *ratio decidendi* deve ocorrer em ambiente que propicie uma fundamentação adequada e cuidadosa das decisões, para que o comando vinculante surja de maneira clara e ostente características que o compatibilizem com as demandas do constitucionalismo contemporâneo<sup>23</sup>.

Estabelecidas estas premissas acerca de desdobramentos do caráter vinculante, com a construção de obstáculos ou permissões aos atos postulatórios – de caráter originário ou recursal –, passam-se aos aprofundamentos sobre a obrigação de observância da *ratio decidendi*.

### 2.3 DEVER DE OBSERVÂNCIA

O dever de observância possui íntima relação com a integridade e coerência. A observância impõe que o juiz conheça e se manifeste acerca das decisões pretéritas – que atuaram na construção de significados legítimos aos enunciados normativos – e, se houver correspondência fática, que aplique a mesma norma jurídica; em sentido contrário, se não houver esta similitude, que justifique a não aplicação da *ratio decidendi*<sup>24</sup>.

Observar é, portanto, compreender que as enunciações provindas das decisões que formam precedentes vinculantes são capazes de submeter a cognição judicial e aplicação processual do Direito ao que fora anteriormente assentado. Trata-se da determinação de que os juízes utilizem as enunciações decorrentes de precedentes como fontes do Direito<sup>25</sup> e, assim, as interpretem e construam normas para a solução das demandas que lhes são apresentadas, desde que em consonância com as manifestações pretéritas do próprio Judiciário.

Nos tópicos anteriores abordara-se sobre o que deve ser observado (ou o que se deve observar): o conjunto de normas, contidas na *ratio decidendi*, atribuíveis à enunciação proferida por uma decisão judicial qualificável como vinculante. O escopo deste tópico é estabelecer, outro ponto desta relação: quem pode obrigar (expedir decisões vinculantes) e quem será obrigado a seguir/observar os provimentos vinculantes.

---

<sup>22</sup> PANUTTO, op. cit., p. 213.

<sup>23</sup> ATIENZA; NASCIMENTO, op. cit., p. 13-15.

<sup>24</sup> CÂMARA, op. cit., p. 373 et seq.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.183-1.186.

### 2.3.1 Vinculação horizontal

A cogência decisória pode ser subjetivamente verificada tanto sob o aspecto vertical quanto pelo horizontal. Sob o viés horizontal, os Tribunais que proferem os provimentos judiciais vinculantes encontram-se compelidos – ou, ao menos, fortemente incentivados – a seguirem as decisões previamente prolatadas, em razão do dever de manutenção de coerência decisória<sup>26</sup>.

Não obstante esta definição apresentada, Sedlacek compreende a eficácia horizontal doutra forma: como aquela que ocorre quando um juiz aplica o *holding* de um precedente surgido por órgão ao qual não está hierarquicamente vinculado; inclui aqui tanto a autorreferência quanto qualquer outra decisão em que não haja ligação hierárquica entre o órgão que proferiu a decisão paradigma e o aplicador do caso atual<sup>27</sup>. No presente trabalho, quando se fizer menção à eficácia e/ou vinculação horizontal, estar-se-á utilizando o termo no sentido de autorreferência; de vinculação do órgão judiciário pelas próprias decisões pretéritas.

Pelos quesitos apontados nos capítulos anteriores, em função dos deveres de integridade e coerência, o órgão deve (re)conhecer a existência de precedentes sobre determinado assunto e se manifestar sobre eles – ordinariamente seguindo a *ratio decidendi* neles determinada.

Neste sentido, os tribunais e juízes têm o dever de respeito à obrigatoriedade das próprias decisões. Se o órgão judicial determinou num caso “x” que, a partir da verificação do conjunto fático “y”, deveria decorrer a relação jurídico-prescritiva “z”, então no próximo caso similar deveria adotar a decisão no mesmo sentido, impondo reconhecimento ao *holding* firmado no caso inicial.

Alguns questionamentos surgem desta vinculação horizontal: se os órgãos ficam vinculados às decisões pretéritas, não é possível a mudança de opinião? Não podem os julgadores reconhecerem que, no caso passado, tomaram uma decisão equivocada? E se um órgão superior adotar entendimento distinto, o Tribunal ainda ficaria vinculado por sua decisão passada?<sup>28</sup>

Conquanto seja relevante um respeito às próprias decisões, é preciso salientar que esta vinculação não pode implicar no engessamento do sistema jurídico (e, neste caso, também do judicial); é preciso a existência de ferramentas como o *distinguishing* e *overruling* para

---

<sup>26</sup> SALGADO, op. cit., p. 125.

<sup>27</sup> SEDLACEK, op. cit., p. 365.

<sup>28</sup> As duas primeiras perguntas serão tratadas neste tópico, enquanto a terceira será relacionada no seguinte, que versa sobre a vinculação vertical.

imprimir capacidade evolutiva no processo decisório, observados os ônus argumentativos inseridos no campo da mudança de entendimento judicial<sup>29</sup>.

Vale dizer, o órgão judicial possui um dever *prima facie* de cumprimento do que foi anteriormente decidido – por razões de universalidade, integridade e coerência do Direito. Entretanto, este dever não é absoluto; o *stare decisis* não pode implicar no engessamento<sup>30</sup> e/ou envelhecimento do Direito, especialmente quando coexistirem circunstâncias que demandam uma mudança, tais como o reconhecimento de um erro na decisão anterior ou a mudança social relevante.

Ainda que se compreenda que o sistema jurídico é dotado de um fechamento operacional, ele é cognitivamente aberto ao seu ambiente; assim, mudanças na sociedade podem causar – mesmo que indiretamente – repercussões no campo jurídico que, através de seus programas e codificações, incorporará (mediante as estruturas próprias) os eventos e lhes outorgará classificações e repercussões devidas, dentro do código do lícito/ilícito<sup>31</sup>. Essas mudanças sociais não podem passar despercebidas pelo Judiciário: é legítimo que, em certos casos, elas influenciem na compreensão jurídica sobre determinado assunto e imponham a modificação do entendimento prolatado em *ratio decidendi* de precedente passado.

Os juízes e tribunais não podem simplesmente descurar da vinculação horizontal; devem respeito aos próprios precedentes. Caso haja comprovação de erro e/ou necessidade de modificação do provimento anterior, é viável que ocorra esta mudança. Contudo, esta alteração deve ser fundamentada, com vistas a se resguardar a segurança jurídica e legítimas expectativas adotadas pelos sujeitos, fundamentadas em provimentos judiciais com presunção de certeza<sup>32</sup>.

A vinculação aos próprios precedentes mostra-se, então, como uma obrigação *prima facie* – um dever de prevalência – que, a depender das circunstâncias concretas, pode sucumbir perante outras razões mais relevantes, desde que justificadas no bojo do novo acórdão (tanto para as partes quanto para o controle social externo). A possibilidade de alteração de entendimento faz recair sobre o Tribunal um ônus argumentativo muito forte, para que

---

<sup>29</sup> NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 179-208, jan./jun. 2013, p. 189.

<sup>30</sup> Na doutrina do *stare decisis* o voto vencido serve, muitas vezes, como ferramenta contra este engessamento do Direito. As opiniões dissidentes – principalmente em julgamentos tomados com maiorias apertadas – ostentam aptidão para, no futuro, recolocarem a matéria em julgamento e permitirem a modificação dos sentidos das enunciações, posto que expressadas por justificativas racionais e potencialmente legítimas; neste sentido, confira: GARAPON, Antoine; PAPOULOS, Ioanis. **Julgado nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Tradução: Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 178-181.

<sup>31</sup> NEVES, op. cit., p. 80-84.

<sup>32</sup> MITIDIERO, 2017, op. cit., p. 32-33.

fundamente de forma específica todos os motivos que lhe compelem à mudança/superação do entendimento.

São estas características que compõem o dever de observância sob a ótica da vinculação horizontal. O tópico seguinte se ocupará sobre a outra dimensão de vinculação do precedente: a vertical.

### 2.3.2 Vinculação vertical

A vinculação vertical é o dever que se impõe aos juízes e tribunais de observância dos provimentos emanados pelas Cortes mais elevadas, sob o enfoque da estrutura organizacional do Poder Judiciário. Trata-se de uma dimensão institucional de coerência em que Tribunais de maior hierarquia compelem e submetem os magistrados a seguirem a *ratio decidendi* inserida nos precedentes por aqueles decididos<sup>33</sup>.

O Judiciário é estruturado de uma forma hierárquica e, pela necessidade jurídica de coesão, os órgãos inferiores devem seguir a *ratio decidendi* estampada nos precedentes emanados daqueles superiores<sup>34</sup>. Assim, os juízes vinculam-se pelos que os Tribunais decidem, da mesma forma que estes se vinculam pelos acórdãos prolatados pelas Cortes Superiores.

É mister frisar que esta vinculação vertical não ocorre apenas por conta de uma autoridade formal do precedente, dá-se também com fundamento no direito à igualdade e consecução da previsibilidade jurídica, justificadas mediante uma correta motivação, assentada em argumentação racional e reproduzível em casos futuros<sup>35</sup>. O ordenamento processual reforça esta vinculação vertical quando, por exemplo, prevê a possibilidade de prolação de sentença de improcedência limitar do pedido quando for possível amoldar a causa ao suporte fático de uma norma construída a partir de um precedente judicial vinculante (art. 332, do CPC<sup>36</sup>). Este tipo de prescrição traz ínsito em si uma determinação aos juízes e Tribunais que modelem suas decisões aos provimentos determinantes advindos de Cortes hierarquicamente superiores<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> SEDLACEK, op. cit., p. 365-366.

<sup>34</sup> TUCCI, 2016, op. cit., p. 455-456.

<sup>35</sup> SEDLACEK, op. cit., p. 380.

<sup>36</sup> Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

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

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

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local [...].

<sup>37</sup> Vale dizer, não é uma escolha do juiz aplicar ou não um precedente, a depender de como ele o repute (como “bom” ou “ruim”); porém, é um dever, que emana da coerência judicial. Não é dado ao magistrado afastar o precedente simplesmente porque não gosta dele ou discorda das razões: se houver vinculação funcional, o juiz estará obrigado a observá-lo.

Uma questão que surge é saber qual solução deve ser adotada quando um juiz se encontra vinculado a mais de Tribunal e existem precedentes que apontam em sentidos distintos: qual deles deve o magistrado seguir?

Em situações como esta, havendo similitude fática, para que se compreenda bem o fenômeno gerado, deve ser analisada a ordem cronológica em que as decisões foram proferidas: a) caso 1 – decisão x proferida por Tribunal de Justiça e, em seguida, decisão y (em sentido contrário) prolatada pelo Supremo Tribunal Federal; e, b) caso 2 – decisão z proferida pelo Supremo Tribunal Federal e, sem seguida, decisão w (em sentido contrário) proferida pelo Tribunal de Justiça.

Na primeira situação, a decisão do Tribunal de Justiça enuncia no ordenamento a compreensão do que o órgão construiu sobre determinada relação jurídica; em momento posterior, um Tribunal de hierarquia superior (STF) revê esta decisão e substitui a significação outrora expressado pelo órgão local.

Este caso demonstra uma hipótese em que a segunda decisão cria um óbice à eficácia da primeira; impede-se a construção sintática de uma relação deontica – trata-se de causa de ineficácia técnico-sintática positiva. Isto é, conquanto o provimento do Tribunal de Justiça seja legítimo, a enunciação posterior do Supremo Tribunal Federal impede que daquele resulte eficácia (sem que o plano da validade seja afetado).

Tendo por premissa este evento, o juiz se submete ao provimento do STF, uma vez que dele também decorre uma vinculatividade da *ratio decidendi*, ao mesmo tempo em que conduz à ineficácia as possibilidades interpretativas da primeira decisão (do Tribunal de Justiça) correlacionadas com a parte modificada. A organização hierárquica do Judiciário, assim, possibilita que os precedentes de um órgão sejam modificados/revisados por aqueles que lhes são superiores, e esta nova decisão terá efeitos sobre todos os juízes a ele alocados – inclusive sobre o próprio Tribunal, que sentirá repercussões também na impossibilidade de seguir a vinculatividade horizontal.

Por outro lado, o segundo caso merece uma análise diferente. Nele já havia um paradigma prolatado por um Tribunal Superior e, a despeito dele, o Tribunal de Justiça proferiu decisão em sentido contrário – ao arrepio da regra de vinculação vertical. Este caso é, portanto, de invalidade – e não apenas de ineficácia –, posto que a enunciação do Tribunal local desrespeitou estrutura normativa a qual deveria suporte e, assim, deu-se em dissonância aos ditames materiais que “imunizariam” esta comunicação judicial<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Para uma abordagem do fenômeno da validade como uma relação de imunização, confira: FERRAZ JR., op. cit., p. 191-193.

Esta situação demonstra hipótese de manifestação ilegítima de órgão judicial – porque descumpridora da prescrição jurídica de vinculação vertical – e, por ser codificada como ilícita, deve ser rechaçada e substituída por outra decisão<sup>39</sup>. Destarte, também numa situação como a tal, o magistrado deve adotar o *holding* contido no precedente emanado pelo STF, uma vez que a existência prévia deste dota de nulidade a posterior manifestação do Tribunal de Justiça em sentido contrário.

Ambos os casos analisados servem para fortalecer a compreensão de estruturas escalonadas em que o Judiciário se organiza; de modo que a decisão de órgão superior derroga e/ou modifica a do inferior, sendo capaz de atuar nos planos da validade e da eficácia das comunicações dos membros inferiores do sistema judicial. A vinculação vertical – conquanto não esteja fundamentada unicamente na hierarquia – aponta na necessidade de adoção das soluções conferidas pelos órgãos de cúpula, numa busca de uniformização dos significados dos enunciados normativos.

Até então viu-se a questão da vinculação como algo surgido da jurisdição para ser determinante em condutas adotadas pelo exercício da própria jurisdição. Entretanto, houve restrição no que tange a um tipo específico de jurisdição: aquela exercido pelo Poder Judiciário. O próximo item verificará como esse ponto pode ser entendido pela jurisdição privada – a arbitragem.

### 2.3.3 Vinculação da arbitragem

A arbitragem é um mecanismo de composição de conflitos em que pessoas capazes, naturais ou jurídicas, contratam o julgamento de litígios, relativos a direitos disponíveis, por um terceiro escolhido/indicado para tanto<sup>40</sup>.

Conforme se expusera no primeiro capítulo, a titularidade estatal não se encontra entre os critérios necessários à configuração de algo como jurisdição. Apesar da controvérsia existente sobre o tema, é premissa deste trabalho a natureza jurisdicional da arbitragem, uma vez que o exercício desta atividade preenche todos os critérios necessários à classificação de um fato como jurisdição: o árbitro é um terceiro imparcial que julga imperativamente uma demanda, (re)construindo as proposições jurídicas que serão aplicadas na solução do caso, em

---

<sup>39</sup> Não se aprofundará acerca das eventuais repercussões/irritações no sistema causadas por decisões desta estirpe, especialmente se/quando transitarem em julgado, uma vez que não é este o escopo do trabalho. O tema será apenas tangencialmente abordado – com a delimitação própria – no item “4.4”, que trata sobre a coisa julgada inconstitucional.

<sup>40</sup> CAHALI, op. cit., p. 71-73.

decisão apta à indiscutibilidade e somente suscetível de alteração dentro da própria jurisdição – privada ou estatal<sup>41</sup>.

Existem diversas maneiras possíveis de ritos decisórios a serem seguidos pela arbitragem; os ritos distintos implicam em diferenças que, mesmo sutis, acarretam resultados distintos acerca da vinculação do árbitro aos precedentes judiciais.

As distintas formas de arbitragem são classificadas em função dos instrumentos e/ou premissas que direcionam a decisão arbitral, de maneira que a sentença poderá (deverá) ser fundamentada por: a) direito; b) equidade; c) princípios gerais do direito; e, d) usos e costumes<sup>42</sup>. A manifestação as partes na convenção de arbitragem, é o vetor que determina as estruturas e repertórios que serão utilizados pelo árbitro quando da prolação da sentença; os sujeitos parciais da demanda – de início – que escolhem as regras/princípios que servirão de fundamento à decisão.

Se a liberdade de escolha é tão relevante na arbitragem – em especial na escolha do rito procedimental e decisório –, é preciso ter em consideração que se, na convenção de arbitragem, as partes fizerem constar que *ratio decidendi* de precedentes judiciais vinculantes submetem e conformam a sentença arbitral, não poderia o árbitro deixar de observar as decisões judiciais vinculantes.

Contudo, se não existir cláusula que expresse escolha desta estirpe, estar-se-á diante de situação bastante diferente. Será necessário verificar se há também (dever de) vinculação quando as partes não optam literalmente por esta previsão. Esta análise necessita ser vislumbrada de modo distinto para cada uma das possibilidades procedimental e decisória a serem escolhidas na convenção de arbitragem.

### 2.3.3.1 Arbitragem “de direito”

A arbitragem “de direito” pode ser escolhida mediante uma conduta comissiva das partes, de expressamente firmar cláusula com este teor, mas também pode surgir da omissão sobre este assunto na convenção: se nada dispuserem, a arbitragem será “de direito”. Saliente-se que, de qualquer modo, houve operação de liberdade de escolha, uma vez que esta se fez com o exercício ou com o não-exercício de uma potestatividade jurídica<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> CREMASCO; SILVA, op. cit., p. 371-379.

<sup>42</sup> SCAVONE JR., Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem**: mediação e conciliação. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 73,

<sup>43</sup> A liberdade jurídica é uma relação triádica, que envolve: a) o sujeito titular de uma liberdade (ou, ao revés, de uma não-liberdade); b) um obstáculo à realização da liberdade; e, c) um objeto de liberdade (alternativa de ação). Assim, a liberdade jurídica pode ser enunciada da seguinte forma: *x* é livre (ou, não-livre) de *y* para fazer (ou não

A arbitragem “de direito” comporta o uso do sistema jurídico de um certo local, submetido a uma limitação temporal, para a (re)construção das normas (necessariamente jurídicas) que resolverão a demanda apresentada. Conforme proposição contida no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem<sup>44</sup>, não é obrigatório que a lide seja decidida com fundamento único no direito brasileiro vigente: é conferido às partes a prerrogativa de eleger sistema alienígena ou, até mesmo, direito (nacional ou estrangeiro) já revogado. Todas estas posições jurídicas são albergadas no âmbito de incidência da liberdade de escolha arbitral, cuja predileção tem a capacidade de influenciar na cogência – ou falta dela – dos precedentes judiciais.

Caso a seleção das partes recaia sobre o uso do sistema jurídico brasileiro vigente, a decisão do árbitro estará condicionada à eleição dos sujeitos processuais. É preciso compreender que esta escolha (comissiva ou omissiva) engloba não apenas o uso dos dispositivos legislativos positivados, mas também das (re)construções normativas realizadas pelos juízes e Tribunais mediante procedimentos capazes de acarretarem precedentes vinculantes.

No direito brasileiro, aquelas decisões judiciais com pretensões vinculantes, (re)criam proposições jurídicas e qualificam estas normas como lícitas/ilícitas, deferindo-lhes um atributo específico para que sejam assim compreendidas pela linguagem do próprio sistema jurídico. Assim, o precedente judicial é autopoeticamente inserido no sistema, reforçando os atributos de coordenação e subordinação necessários à coerência deste, ao mesmo tempo em que (se) (re)criam enunciados que servirão de suporte físico para novas conexões internas.

Sob este panorama, é preciso assentar que a escolha pelo direito brasileiro vigente como forma de solução da arbitragem faz com que o árbitro tenha o dever de decidir com fundamento no sistema jurídico pátrio. A sentença arbitral não deve respeito apenas ao ordenamento, mas também ao próprio sistema jurídico, que tem como um de seus componentes as normas jurídicas (re)construídas (com pretensão de eficácia prospectiva) pela jurisdição estatal nos casos vinculantes.

Os dizeres acima expostos não significam que qualquer arbitragem “de direito” deva necessariamente observar os precedentes judiciais. O dever de observância do precedente não surge de uma força imanente desta espécie de decisão judicial, porém de um ato de vontade dos

---

fazer) z; nesta formulação, x representa o titular da liberdade (ou falta dela), y simboliza o obstáculo à liberdade e z traduz a ação cuja realização (ou não-realização) é o objeto da própria liberdade jurídica (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 218-222)

<sup>44</sup> Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

contratantes da arbitragem, manifestado pela opção de vincular a decisão arbitral a um certo sistema jurídico que outorga cogência a algumas decisões judiciais. Caso as partes elejam um outro sistema jurídico para servir de base à decisão “de direito” sobre o conflito levado à arbitragem, as normas deste sistema é que devem ser observadas; e terem (ou não) os precedentes força vinculante será uma questão de observância concreta do sistema escolhido.

Demais disso, nada obsta que as partes manifestem preferência pelo sistema jurídico brasileiro vigente e, no entanto, excluam (por opção própria e expressa) a força vinculante dos precedentes judiciais, garantindo a eles apenas o caráter persuasivo. Neste cenário, as próprias partes decidiram excluir a incidência cogente e imediata de certas normas jurídicas: aquelas (re)construídas mediante o uso de precedentes vinculantes. Isso é legítimo porque se fundamenta na autonomia da vontade dos contratantes; inclusive há previsão positivada que possibilita às pessoas escolherem as regras de direito que serão utilizadas durante o procedimento (desde que não ocorra afronta à ordem pública ou bons costumes), servindo como reforço de legitimidade desta liberdade.

Nota-se que o vetor mais relevante para se verificar a força (vinculante ou apenas persuasiva) do precedente judicial é a vontade das partes manifestada na convenção de arbitragem. Depende da escolha delas a forma como a norma jurídica do precedente será incorporada no procedimento arbitral, seja esta escolha dos sujeitos concretizada de forma expressa ou tácita.

Apontada esta análise inicial, é preciso verificar como os outros tipos de resolução de arbitragem interagem com a vinculação aos precedentes. Em função de ostentarem características que as afastam da imediatividade das normas jurídicas, em um único tópico serão expostas as questões relativas à arbitragem por equidade e a consuetudinária. Somente após é que se abordará a arbitragem resolvida por princípios gerais do direito.

#### 2.3.3.2 Equidade, usos e costumes

Quando as partes optam que a sentença arbitral seja fundamentada em equidade, usos e/ou costumes, permitem que haja uma derrogação (ainda que parcial) do direito positivo, respeitado o limite da ordem pública<sup>45</sup>. Neste sentido, o próprio ato de vontade que institui o julgamento arbitral por uma destas formas já se traduz numa escolha das partes com a intenção de afastar tanto a aplicação do ordenamento quanto do sistema jurídico.

---

<sup>45</sup> VALLE, Martim Della. **Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 143-144.

Assim, se a vinculação ao precedente judicial é um elemento do sistema jurídico, e a decisão das partes o afasta, não há falar – *a priori* – em cogência das decisões judiciais sobre o árbitro. Contudo, não se pode olvidar que há um comando proibitivo no que tange às escolhas das partes: a vedação que se atente contra a ordem pública e bons costumes.

Ordem pública e bons costumes são conceitos valorativos, ou seja, manifestam uma imprecisão quanto aos atributos que os definem (conotação) e exigem a busca de certa objetividade para uma definição concreta, que será fundada no contexto social e no sistema jurídico vigentes<sup>46</sup>. Estes conceitos servem de limite ao exercício da liberdade de escolha das partes. Inobstante seja tarefa quase impossível delimitá-los de forma abstrata, é possível compreender, no caso concreto, se a escolha das partes viola a ordem pública, por exemplo. É preciso que se realize um contraste entre a autodeterminação da vontade e a defesa da ordem pública.

Faz-se necessário o exame do suporte fático desta norma proibitiva. Neste ponto, o suporte fático deve ser compreendido como o conjunto das condições necessárias e suficientes para que a consequência do preenchimento do antecedente de uma norma jurídica ocorra<sup>47</sup>. A consequência da proposição prescritiva hipotético-condicional analisada é impedir que a escolha das partes afaste determinada norma jurídica; destarte, conhecer o suporte fático é definir quais são os critérios que precisam estar preenchidos para que autonomia da vontade encontre limites na ordem pública em um caso concreto.

Na consecução desta tarefa, primeiro se define o âmbito de incidência da autonomia da vontade no que concerne à escolha da sentença arbitral por equidade, usos ou costumes. O passo seguinte é compreender as intervenções (externas) que este âmbito de incidência pode sofrer. Por fim, verificam-se se as intervenções detêm fundamentação constitucional para tanto: caso o possuam, tratar-se-á de um caso de legítima intervenção de um direito fundamental (a pretensão *prima facie* de um direito não confunde com o direito definitivo); em sentido contrário, estar-se-á diante de uma violação de direito fundamental<sup>48</sup>.

Tendo em conta a ordem pública como uma espécie de intervenção no âmbito de incidência da liberdade de escolha e da autonomia da vontade, devem ser feitos os exames concretos do preenchimento do suporte fático. Nas ocasiões em que o óbice ao afastamento da

---

<sup>46</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 310-311.

<sup>47</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 65-76.

<sup>48</sup> Ibid., p. 94-112.

norma jurídica for dotado de justificação constitucional, o suporte fático da norma proibitiva estará satisfeito.

Estando afastada – total ou parcialmente – a escolha pela equidade, usos ou costumes, serão aplicadas as normas do sistema jurídico (na integralidade ou nas partes que forem considerados óbices de ordem pública). O uso destas proposições jurídicas deve considerar não apenas o direito legislado, mas também as (re)construções normativas realizadas pelos órgãos judiciais em precedentes vinculantes, pois são elementos integrantes do sistema e necessários à compreensão das normas jurídicas que serão utilizadas para restringir a escolha das partes. Ou seja, quando a ordem pública limitar a equidade, usos e costumes, esta parte que serviu de empecilho ao direito *prima facie* à autonomia da vontade, deve ser integrada à sentença arbitral.

Sendo assim, neste tipo de arbitragem, não há vinculação inicial ao precedente judicial. Entretanto, caso a escolha das partes encontre barreiras na ordem jurídica – observada em concreto pelo contraste entre âmbito de incidência, intervenção e legitimação constitucional –, as normas do sistema que forem utilizadas em atenção a este óbice, não podem prescindir das (re)construções realizadas mediante os precedentes vinculantes que, neste particular, serão cogentes também em relação à sentença arbitral, quando se utilizar o sistema jurídico brasileiro vigente.

Esta é uma forma que prestigia, *a priori*, a liberdade de escolha dos sujeitos. Contudo, quando o exercício desta vontade sofrer restrições constitucionalmente justificadas, o prestígio inicial deferido à autonomia das partes sucumbe – ao menos parcialmente – perante a cogência do sistema jurídico. Por fim, é preciso abordar a arbitragem decidida por princípios gerais do direito.

### 2.3.3.3 Princípios gerais do direito

Os princípios não são apenas valores ou vetores persuasivos; são espécies de normas jurídicas “primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária”<sup>49</sup>.

A construção textual “princípios gerais do direito”, além desta percepção de um aglomerado de normas-princípio, também pode ser vislumbrada sobre outro aspecto: não como normas (elementos do repertório do sistema), porém como regras estruturais do sistema

---

<sup>49</sup> ÁVILA, 2013, op. cit., p. 85.

jurídico; são regras de coesão que constroem e ditam as relações que devem ser promovidas entre as normas<sup>50</sup>.

Neste sentido, a arbitragem que se fundamenta nos princípios gerais do direito não fica totalmente apartada do sistema jurídico, uma vez que a decisão será balizada por instrumentos que o integram (seja na concepção de normas-princípio ou de estruturas que balizam a própria construção e manifestação do sistema).

Não obstante a proximidade com a arbitragem “de direito”, é preciso que se observem certas nuances do tipo investigado neste tópico. O primeiro ponto destoante é que se faz menção apenas à uma espécie normativa: o princípio; ademais, não se fala necessariamente em princípio inserido no sistema jurídico brasileiro, mas em princípios gerais do direito.

Desta forma, a sentença arbitral será prolatada com fundamento apenas em parte do sistema jurídico e, contudo, não se vinculará a um único sistema jurídico. Em razão da força vinculante de um precedente decorrer do regime jurídico adotado pelo sistema em que ele se insere (e não algo imanente à decisão judicial), a sentença arbitral, aprioristicamente, não estará coagida a segui-los.

Não há, entretanto, impedimento para que as partes – na convenção de arbitragem – prevejam a obrigatoriedade de o árbitro seguir os precedentes nacionais que tratem sobre o modo de interpretação de um determinado princípio. Visto que a escolha por este tipo de decisão advém do exercício da liberdade contratual dos sujeitos, nada interdita que eles mesmos promovam negócio jurídico para modular como a aplicação destes princípios será efetivada.

Deste modo, nota-se que o precedente judicial não detém força cogente neste tipo de arbitragem, exceto quando a convenção formulada assim o determine, de maneira expressa ou tácita. Isto é, desde que não haja violação aos bons costumes, à convenção arbitral e/ou à ordem pública, a sentença arbitral pode ser legitimamente proferida em discordância aos precedentes judiciais sobre o tema.

Ante o exposto, nota-se que a vinculação dos precedentes tem aptidão para atingir âmbito maior que o Poder Judiciário; pode ser dirigida – ainda que acidentalmente – também a outra espécie de jurisdição: a privada, mediante imposição de certas *ratio decidendi* à arbitragem.

Atestados os pontos do que (se) vincula e quem (se) vincula, é necessário abordar as situações em que não ocorrerá a esta conformação do provimento jurisdicional futuro, seja pela distinção entre as circunstâncias fáticas ou seja pela mudança de entendimento. O tópico

---

<sup>50</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 258-259.

seguinte, nesta toada, tratará das técnicas de afastamento do precedente, em especial do *distinguishing* e do *overruling*.

## 2.4 TÉCNICAS DE AFASTAMENTO DO PRECEDENTE

A doutrina do *stare decisis* impõe a regra de prevalência de aplicação da *ratio decidendi* dos precedentes, entretanto esta submissão *prima facie* ao que fora decidido pode ser afastada em certas situações como, por exemplo: a) não houver similitude entre as situações jurídicas do caso atual e do paradigma (envolverem questões distintas de direito); b) o escopo do caso paradigma era muito limitado, incapaz de abranger a situação atual; c) houver distinções fáticas relevantes entre o caso paradigma e o atual; e, d) houver rejeição da decisão anterior, seja porque a *ratio decidendi* deve ser revogada/modificada ou seja porque uma prescrição nela enunciada seja entendida como *obiter dictum*<sup>51</sup>.

A aplicação dos precedentes não é automática; conquanto o *holding* sirva para determinar – prospectivamente – sentidos normativos, existem situações em que a decisão do caso atual não refletirá, em absoluto, o que fora decidido na situação paradigma. Os subtópicos seguintes se ocupam da análise de duas destas situações: o *distinguishing* e o *overruling* – dentro deste último também será feita a verificação do *overriding*.

### 2.4.1 Distinguishing

Distinguir é, antes de tudo, a demonstração de diferenças fáticas<sup>52</sup> entre o caso paradigma e o caso presente, apontando – com fundamentação idônea – a inaplicabilidade da *ratio decidendi* de um precedente à situação atual<sup>53</sup>. O processo de distinção pressupõe grandes semelhanças – nos aspectos mais relevantes – entre os casos contrastados; se forem muito distintos um do outro, não há falar em *distinguishing*, porém em simples inaplicabilidade do *holding*, pois aí não existe qualquer desafio intelectual<sup>54</sup>.

Para que haja uma devida fundamentação judicial, não é possível aceitar que o magistrado possa simplesmente aduzir a *ratio decidendi* para decidir por pura assimilação; é

---

<sup>51</sup> FINE, op. cit., p. 97.

<sup>52</sup> A atividade de agregar as semelhanças e distinguir as discrepâncias é parte de um processo de categorização fática que, entretanto, não pode se basear apenas nos eventos propriamente ditos; por vezes, é mais relevante a forma como estes fatos são compreendidos e analisados pelo sistema jurídico do que a própria exteriorização material/mundana deles; o que delimitará o precedente – e as possibilidades de semelhança e distinção – é a conformação jurídica das circunstâncias fáticas, exercitada mediante processos argumentos dos sujeitos processuais. Neste sentido, confira: MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 354 et seq.

<sup>53</sup> DUXBURY, op. cit., p. 113.

<sup>54</sup> SANTOS; PUGLIESE, op. cit., p. 382.

preciso que aponte os elementos de semelhança/diferença que implicam na mesma consequência jurídica ou numa distinta. Não é dado ao juiz invocar um precedente sem demonstrar os motivos pelos quais ele é (in)adequado à resolução daquela demanda específica<sup>55</sup>.

O *distinguishing* é, assim, uma análise negativa de pertinência da situação fática atual em relação às construções normativas possíveis da *ratio decidendi* firmada no precedente discutido. Contrastam-se as circunstâncias fáticas relevantes (e as respectivas percepções jurídico-normativas sobre elas) entre o caso paradigma e o caso atual e, após a verificação de impertinência no exame, faz-se a especificação dos elementos de diferenciação e aplica-se consequência jurídica distinta ao conjunto fático apurado na situação atualmente analisada pelo magistrado.

Trata-se de uma situação de não incidência normativa: dos fatos assentados não deve decorrer a mesma consequência jurídica exposta na *ratio decidendi* do precedente, porque há diferença relevante entre os postulados assentados<sup>56</sup>. A distinção realizada não induz uma superação ou revogação do precedente; compreende-se a eficácia vinculante dele, porém expõe-se que o *holding* não pode ser satisfatoriamente aplicado àquela situação, em razão de diferenças relevantes na construção racional de uma decisão.

O termo *distinguishing* pode ser utilizado em dois sentidos: a) como designação de um método de comparação entre dois casos (atual e o paradigma); ou, b) como expressão do resultado deste confronto, quando a decisão judicial conclui pela inaplicabilidade da *ratio decidendi* do precedente avaliado<sup>57</sup>. Ele serve para emanar as concepções de ser um instrumento da teoria dos precedentes em que o “juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”<sup>58</sup>; e, também, a nova enunciação, cujos termos devem especificar as diferenças que, se presentes no caso, não se aplicará a *ratio decidendi* do precedente.

É mister asseverar que o *distinguishing* não se limita à análise da inaplicabilidade da *ratio decidendi* a um caso concreto; ele pode ser vislumbrado também sob os enfoques ampliativos e restritivos<sup>59</sup>. O *ampliative distinguishing* ocorre quando o magistrado estender à situação analisada a mesma solução conferida a casos anteriores, decidindo que, não obstante

---

<sup>55</sup> MARINONI, 2016, op. cit., p. 339.

<sup>56</sup> PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). **Revista de Processo**. São Paulo, v. 248, p. 331-355, out. 2015, p. 336-337.

<sup>57</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 505.

<sup>58</sup> TUCCI, 2004, op. cit., p. 174.

<sup>59</sup> PEIXOTO, op. cit., p. 337 et seq.

as peculiaridades, é aplicável a *ratio decidendi* do precedente; por seu turno, o *restrictive distinguishing* é verificado quando o magistrado confere uma interpretação limitada (restritiva) aos significados jurídicos reconstruíveis do *holding*, sob a justificativa de que as diferenças do caso analisado obstam a aplicação da mesma consequência jurídica<sup>60</sup>.

Constrói-se, em qualquer dos casos, um novo arquétipo de um antecedente fático normativo, em que se exaltam pontos necessários à diferenciação entre casos. Tratado como um corolário do direito/dever de igualdade jurídica, o direito à distinção (cujo suporte textual positivado pode ser encontrado no art. 489, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil) confere certa maleabilidade na aplicação do precedente, com o escopo de viabilizar a construção de sucessivas decisões racionais.

Todo e qualquer órgão jurisdicional<sup>61</sup> tem a capacidade e o dever de realizar essa comparação entre o precedente paradigma e a situação avaliada: trata-se de uma conduta que se insere no curso da interpretação e, assim, da própria (re)construção das normas jurídicas. O uso consistente<sup>62</sup> do *distinguishing* é uma nítida exposição de que a construção das normas no âmbito processual deve considerar os precedentes e aplicá-los às situações pertinentes, ao mesmo tempo que deve afastá-los quando inaplicáveis ao caso concreto.

Estas distinções realizadas, ainda que de maneira indireta, atuam na conformação de um significado mais claro à *ratio decidendi*; quanto mais decisões houver a aplicando ou a indicando inaplicável, menos significações dúbias existirão acerca de seus limites e pretensões normativas.

Bem assim, se verificação *prima facie* do *holding* aponta que ele é formado pelo conjunto das circunstâncias fáticas (“a”, “b” e “c”), é possível que um aglomerado de *distinguishing* aponte que a solução não deve ser a mesma caso a situação seja configurada pelos critérios fáticos (“a”, “b”, “c” e “d”). Vê-se que distinguir também é um ato de dotar significado normativo ao precedente, conformando as fronteiras em que este será juridicamente viável.

---

<sup>60</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 505.

<sup>61</sup> Quando se utiliza o termo órgão jurisdicional inclui-se a jurisdição privada: também na arbitragem pode ser realizado o *distinguishing*, mesmo que ela seja “de direito” e o caso paradigma tenha surgido mediante uma das decisões previstas no art. 927 do Código de Processo Civil.

<sup>62</sup> Não se descarta, contudo, que em certas ocasiões há um uso inconsistente – indevido – do *distinguishing*, alastrando ou restringindo, sem fundamentação jurídica idônea a abrangência da *ratio decidendi*; esta deturpação da técnica da distinção atinge o âmbito de proteção da integridade das decisões judiciais e deve ser evitada, por dotar de ilegitimidade a interpretação jurisdicional de enunciações judiciais. Contudo, este tipo de fenômeno não será aprofundado no trabalho, ante a impertinência com relação ao tema central. Para uma visão mais ampla do *inconsistent distinguishing* confira: PEIXOTO, op. cit., p. 339 et seq.

Como uma técnica de afastamento do precedente, o *distinguishing* atua na exposição de um significado ao *holding*, aduzindo acerca de sua inaplicabilidade a um conjunto de circunstâncias distintas do caso paradigma, em função de diferenças fáticas relevantes. A despeito de certa similitude, justifica-se o afastamento da *ratio decidendi* por uma questão de não incidência normativa, de maneira que qualquer magistrado pode (e deve) fazê-lo, conquanto ainda esteja submetido ao precedente vinculante.

É uma questão de fato que impõe o *distinguishing*; as circunstâncias fáticas das demandas apontam no sentido de que, mesmo havendo certa semelhança, as causas não são parecidas o bastante para que a resolução seja idêntica. Não há, nestas situações, uma discordância do juiz em relação à norma construída pelo precedente; o magistrado reconhece e observa a existência de provimento judicial que alberga situação similar, entretanto especifica as diferenças e comunica que não há algum tipo de correlação sintática, semântica ou mesmo pragmática entre as lides comparadas, razão pela qual a decisão deve ocorrer em sentido distinto daquele conferido ao primeiro processo.

Nota-se que, malgrado vinculante, a aplicação da *ratio decidendi* do precedente não é automática e uma das formas do afastamento de abrangência é através do *distinguishing*, que exalta as diferenças fáticas entre as demandas. Firmadas estas premissas, segue-se à análise de uma maneira de superação do precedente: o *overruling*.

#### 2.4.2 Overruling

Havia inicialmente, no direito inglês, pelo menos até a década de 60 do século passado, a concepção de que o precedente era irrevogável perante o próprio Poder Judiciário: uma vez enunciado, caberia somente ao legislador inserir nova comunicação no ordenamento com aptidão para obstar a aplicação do precedente firmado<sup>63</sup>. Entretanto, em 1966, a *House of Lords* assentou que os seus membros e a Corte teriam o poder de afastar e/ou modificar as decisões (precedentes) anteriores quando houvesse justa motivação para tanto<sup>64</sup>.

O *overruling* é a “técnica através da qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”<sup>65</sup>. A superação/defectibilidade de um precedente constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e consistência sistêmica.

---

<sup>63</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 147-148.

<sup>64</sup> BRADLEY, A. W.; EWING, K. D. **Constitutional and administrative law**. 14. ed. New Jersey: Prentice Hall, 2006, p. 166.

<sup>65</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 507.

Quando o *holding* carece de coerência e os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* deixam de autorizar a sua replicabilidade, o precedente deve ser superado<sup>66</sup>.

Enquanto no *distinguishing* o precedente deixa de ser aplicado porque se justificam diferenças fáticas relevantes (mantendo-se cogente na situações firmadas no caso paradigma), no *overruling* há uma similitude das circunstâncias de fato, entretanto, o Tribunal muda de opinião, adequa o entendimento às novas codificações do sistema e/ou reconhece equívoco na decisão anterior.

Neste sentido, a superação do precedente pode decorrer de: a) desgaste na congruência entre o precedente e o momento social vivido; e também, b) em razão da perda de coesão jurídica entre a decisão e o sistema jurídico que lhe alberga(va)<sup>67</sup>. O sistema jurídico é capaz de perceber (conforme suas próprias estruturas) mudanças no seu ambiente, de modo que não somente a alteração de diplomas jurídicos, mas também ocorrências sociais, econômicas ou políticas podem influenciar na enunciação de *overruling* e, assim, superação de um precedente.

A exteriorização do *overruling* se dá quando o órgão judicial que enunciou uma *ratio decidendi* se nega a segui-la, obstando a aplicação de uma mesma consequência jurídica<sup>68</sup>. A questão que surge é a partir de qual momento esta decisão de defectibilidade passa a gerar efeitos?

Pensam-se nos seguintes modelos básicos aptos a regulamentarem momentos processuais de incidência da superação do precedente: a) aplicação retroativa pura, em que a nova enunciação alcançará todos os fatos passados, mesmo aqueles submetidos ao trânsito em julgado (mediante manejo de ações rescisórias); b) aplicação retroativa clássica, em que a enunciação atingiria fatos ocorridos antes da superação, excetuados aqueles submetidos à coisa julgada; c) aplicação prospectiva pura, em que a superação gerará efeitos apenas aos eventos posteriores à sua enunciação, não incidindo sequer sobre o caso dos próprios litigantes do processo que acarretou a mudança de entendimento; d) aplicação prospectiva clássica, a enunciação nova atingirá somente os eventos surgidos depois da superação, com exceção do litígio que gerou o *overruling*; e, e) aplicação prospectiva a termo, em que o órgão jurisdicional submete os efeitos da superação a condição ou termo<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> MITIDIERO, 2012, op. cit. 73.

<sup>67</sup> PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. Os precedentes judiciais e os mecanismos de sua flexibilização e superação. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 290, p. 373-410, abr. 2019, p. 384.

<sup>68</sup> DUXBURY, op. cit., p. 117.

<sup>69</sup> ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 166-167.

Cada uma dessas situações possui suas particularidades, com virtudes e defeitos. Tradicionalmente o *common law* confere ao *overruling* um efeito retroativo clássico, pois ele expressa a compreensão de que ocorreram modificações dos motivos jurídicos e/ou valores sociais que justificaram a edificação do precedente<sup>70</sup>, entretanto esta é uma questão que deve ser resolvida pelas disposições do sistema jurídico em que se perceberá a enunciação: é uma questão jurídico-positiva a produção de efeitos no tempo que podem surgir da superação de um precedente.

A superação de um precedente – na compreensão típica do *common law* – comunica que a *ratio decidendi* (até então lícita e vigente) estava equivocada ou tornara-se incompatível com as estruturas do sistema jurídico ou seu ambiente; daí decorre a aceitação natural de que a decisão de *overruling* deve retroagir e afetar as situações que lhe antecedem – tenham (ou não) dado origem a litígios judicializados<sup>71</sup>. Não obstante, mesmo nos Estados Unidos, a prática judicial aceita (em casos excepcionais) a prospectividade de algumas decisões de revogação precedentes, tendo como fundamento principal a confiabilidade jurídica<sup>72</sup>.

Ao menos no que concerne à jurisprudência dominante, aos casos repetitivos e às súmulas há uma positivação expressada (art. 927, §§ 3º e 4º, ambos do CPC<sup>73</sup>) de que a mudança de entendimento judicial deve considerar a segurança jurídica para que imponha a modulação temporal. A partir deste enunciado legal surgem algumas questões relevantes à análise do *overruling*: a) se os precedentes que não se amoldem a estes ritos também poderão sofrer modulação de efeitos temporais; e, b) se a modulação de efeitos consta no texto com uma pretensão de excepcionalidade, qual é a regra aplicável a estes casos.

Malgrado a pretensão positivada seja direcionada a instrumentos/ritos específicos, o regime jurídico geral a que as decisões vinculantes se submetem impõe que as enunciações tenham aptidão de abranger também os demais precedentes. Se todos estes provimentos judiciais são capazes de vincular prospectivamente os magistrados, devem ser submetidos – ao menos numa análise inicial – a definições temporais comuns, retroagindo (ou não) em

<sup>70</sup> PIMENTEL, op. cit., p. 385.

<sup>71</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr. 2011, p. 257.

<sup>72</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 131.

<sup>73</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão [...]

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

conformidade com um regramento semelhante. Desta feita, a construção de normas a partir do texto legal não deve aprioristicamente extirpar os demais precedentes de sua abrangência.

É relevante observar que a prolação de uma decisão de *overruling* testifica a inadequação de todas ou de algumas normas jurídicas reconstruíveis a partir da enunciação da *ratio decidendi*. Nem sempre o momento em que elas se tornaram inadequadas e, portanto, inaplicáveis pode ser delimitado; em especial quando fundamentado em eventos preponderantemente sociais/econômicos/políticos, é bastante difícil a estipulação de um marco temporal preciso acerca da defectibilidade do precedente.

A superação do precedente traz em si uma ideia de ruptura e necessidade de mudança do que outrora se construía a partir do precedente: decide-se que este não deve ser mantido. Exalta-se o dever *prima facie* de obstar a manutenção de cogência do precedente; observando por outro prisma esta situação, o *overruling* surge com a pretensão de retroatividade, tendo em vista a necessidade de se manter a coesão dos provimentos judiciais.

O *overruling* é um evento cuja consequência jurídica *prima facie* é a construção de um óbice à aplicação das normas reconstruíveis do *holding* superado: apõe-se o modal deôntico proibitivo àquelas (re)construções normativas e aplicação na resolução de demandas judiciais por fatos ocorridos antes ou depois da prolação do acórdão de superação. Contudo, trata-se de uma consequência – ainda que preponderante – apenas *prima facie*; fatores/interesses opostos podem implicar num “direito/dever definitivo” distinto daquele inicialmente vislumbrado: a segurança jurídica ou outros elementos relevantes servem como intervenção no âmbito de proteção *prima facie* desse direito de coesão judicial e, a depender dos eventos concretos e repertório do sistema jurídico, podem causar limitações legítimas neste âmbito protegido<sup>74</sup> – acarretando, assim, a modulação temporal dos efeitos da decisão de *overruling*<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Para um relato mais profundo acerca de uma teoria ampla do suporte fático dos direitos, abordando como atua a intervenção no âmbito de proteção de situações jurídicas ativas, confira: SILVA, op. cit., p. 79-112.

<sup>75</sup> O *prospective overruling* é, assim, uma intervenção no âmbito de proteção *prima facie* da coesão judicial e cogência imediata dos provimentos jurisdicionais; entretanto, por ser justificada – em certos casos – noutras estruturas legítimas do sistema, pode ser juridicamente fundamentado como uma restrição lícita a este âmbito de proteção, demonstrando-se como uma exceção ao significado inicial do quesito temporal da superação de um precedente judicial. Em sentido similar, Gláucio Gonçalves e Guilherme de Assis expõem que a aplicação irrestrita da doutrina da retrospectividade dos efeitos temporais da decisão pode violar sobremaneira os princípios da segurança jurídica e alguns de seus consectários (v.g. confiança justificada e boa-fé objetiva); destarte, o *prospective overruling* é justificado pela necessidade resguardar as legítimas expectativas sociais e a confiança social justificada, ambos pilares de um Estado Constitucional (GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O *prospective overruling* nas supremas cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadores de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo código de processo civil – CPC/2015. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 258, p. 357-385, ago. 2016, p. 358 et seq.).

Neste sentido, o repertório do nosso sistema jurídico – em consonância com as expectativas positivadas – propõe aprioristicamente uma aptidão retroativa ao *overruling*, entretanto, outros fatores jurídicos ou interesses legítimos (v.g. disseminação social e jurídica do precedente por longos períodos de tempo) podem determinar que concretamente uma modulação, mesmo que submetida a termo ou condição<sup>76</sup>.

Em alguns casos, o ordenamento impõe certas restrições formais a esta modulação, com o escopo de reforçar a excepcionalidade da incidência prospectiva dos acórdãos (v.g. art. 27, da Lei Federal nº 9.868/99<sup>77</sup>), contudo, se não houver este reforço procedimental, o rito a ser adotado – ordinariamente – será o mesmo para a prolação da decisão principal.

É necessário frisar que, diferentemente do *distinguishing*, o *overruling* não pode ser realizado por qualquer magistrado: somente o órgão jurisdicional que enunciou o precedente ou algum outro hierarquicamente superior podem realizar a superação do entendimento<sup>78</sup>. Isso ocorre porque o *overruling* evoca duas regras jurídicas: a primeira obsta que a enunciação do precedente superado continue a produzir efeitos e ser judicialmente utilizada (expede-se uma comunicação que impede que a anterior sirva de antecedente normativo) e a segunda afirma que há um novo precedente, com nova *ratio decidendi* e apto a novas construções normativas<sup>79</sup>.

Tecidas estas considerações acerca do *overruling*, é importante tratar de uma situação muito similar, denominada *overriding*.

#### 2.4.2.1 Overriding

O *overriding* ocorre quando o tribunal, em vez de superar, apenas limita o âmbito de incidência de um precedente – é uma espécie de revogação parcial da *ratio decidendi*<sup>80</sup>. Ele não implica a substituição do *holding*, entretanto, um novo posicionamento do Tribunal determina

---

<sup>76</sup> As questões referentes à eficácia temporal serão revisitadas no decorrer do trabalho, quando da análise das repercussões retrospectivas e prospectivas da inconstitucionalidade como precedente judicial e, também, no que concerne ao instituto da coisa julgada inconstitucional.

<sup>77</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>78</sup> Ainda quando juízes de hierarquia inferior realizam atividades ligadas ao *antecipatory overruling*, não estão realizando efetivamente uma superação do precedente, uma vez que tal conduta subverteria a ordem hierárquica do Judiciário no estabelecimento de significados normativos legítimos; mesmo nestes casos, às Cortes inferiores não é outorgado o poder de declarar a superação do precedente, sendo irrelevante sua discordância quanto ao conteúdo do precedente. Para uma visão mais aprofundada deste instituto jurídico confira-se: ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e desenvolvimento do *antecipatory overruling* no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 236, p. 279-301, out. 2014, p. 241 et seq.

<sup>79</sup> ATAÍDE JR.; PEIXOTO, op. cit., p. 242.

<sup>80</sup> PIMENTEL, op. cit., p. 384.

que algo – inicialmente abarcado pelo precedente – será reavaliado para estreitar o âmbito de incidência e excluí-lo desta aplicação<sup>81</sup>.

Bem assim, o *overriding* retira o caráter de legitimidade/licitude de uma (ou algumas) das significações possíveis do precedente – que outrora era reputada legítima, acarretando um estreitamento de comunicações jurídicas<sup>82</sup>. Neste sentido, parte da *ratio decidendi* deixa de ostentar vinculatividade; a diminuição da abrangência retira a sua observância cogente pelos magistrados, que não verificarão estes pontos como enunciados normativos vigentes.

Trata-se, enfim, de uma manifestação judicial que supera, conquanto parcialmente, a *ratio decidendi* de um precedente. Bem assim, o que for abordado neste trabalho com relação ao *overruling* será – nos limites das prolações judiciais – também aplicável ao *overriding*.

Viu-se neste tópico maneiras que o precedente pode ser afastado, seja pela declaração de que a situação fática não se amolda às reconstruções enunciadas no precedente (*distinguishing*) ou seja pela superação da própria enunciação (*overruling*) ou estreitamento das suas balizas jurídicas, em mudança de entendimento (*overriding*).

Situação bastante distinta é aquela em que – a despeito da incoerência de superação do precedente – o magistrado deixa de aplicar normas contidas naquele provimento judicial a eventos que se amoldariam à regulamentação deste. Nestes casos, estar-se-á diante de condutas indevidas adotadas pelos juízes (*erro in iudicando*) que devem ser corrigidas pelas instâncias superiores: conquanto seja autoridade comunicante legítima a enunciar uma decisão judicial, não pode o juiz fazê-lo sem a devida observância dos precedentes, sob pena de prolar uma comunicação ilícita, mesmo sendo autoridade competente.

A principal contribuição deste capítulo na formulação geral do trabalho é no sentido de demonstrar a forma pela qual o precedente pode vincular. Neste sentido, restou claro que as enunciações do precedente integram normas jurídicas aplicadas (aplicáveis) em casos futuros, entretanto o modo de incidência destes *standards* não é automático: ferramentas processuais de outorga de sentido prático ou de superação de significados normativos (*distinguishing* e *overruling*, respectivamente) estão dispostas aos magistrados. Bem assim, até mesmo a inconstitucionalidade será submetida a estas compreensões dinâmicas, cuja conferência de

---

<sup>81</sup> Há posição doutrinária que não o compreende bem como uma revogação parcial, porém como um figura similar ao *distinguishing*, uma vez atesta não ser possível (re)construir uma norma jurídica legítima – fundamentada no precedente – para aqueles casos específicos; neste sentido, confira: MARINONI, 2016, op. cit., p. 348. Abordando este posicionamento, Fredie Didier expõe que: enquanto no *distinguishing* é uma situação fática que obsta a aplicação da *ratio decidendi*, no *overriding* é uma questão de direito – marcada por um novo posicionamento do Tribunal – que restringe o suporte fático da norma reconstruída a partir do precedente, confira: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 521.

<sup>82</sup> EISENBERG, op. cit., p. 134.

sentido dependerá – entre outros fatores – da forma de aplicação dos precedentes, especialmente pelas distinções realizadas na materialização da eficácia vinculante do *holding*.

Esclarecidos por estes dois capítulos os pontos principais da teoria processual que direciona o trabalho, é preciso que se inicie a análise do controle de constitucionalidade para, então, correlacionar o fenômeno da (in)constitucionalidade e as repercussões por ele acarretadas na sistemática dos precedentes jurisdicionais.

### 3 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento<sup>1</sup> jurídico é composto por um conjunto vasto de normas que se relacionam constantemente entre si. Desta maneira, o pertencimento válido das normas ao sistema jurídico não é algo congênito delas, porém depende da relação da norma com o contexto – isto é, com as demais normas do ordenamento<sup>2</sup>. Para que haja alinhamento entre os elementos do sistema, é preciso que ele se arranje por um conjunto de relações estabelecidas em conformidade com estruturas próprias de subordinação e coordenação<sup>3</sup>.

Numa visão semiótica, a unidade do ordenamento é sintática, decorrente da vinculação – direta ou indireta – dos elementos ao núcleo normativo originário do sistema. Entretanto, há uma pluralidade semântica e pragmática, dada a heterogeneidade dos conteúdos abrangidos pelas normas jurídicas, assim como a multiplicidade de interesses e fins perceptíveis entre emittentes (autoridades comunicantes) e destinatários (sujeitos de uma relação imunizada) das normas jurídicas<sup>4</sup>. O fundamento de validade de uma determinada norma é encontrado naquela que lhe é superior e lhe dita a autoridade competente e o processo necessário à sua enunciação, ao mesmo tempo que delimita – malgrado parcialmente – o conteúdo a ser cometido. Por sua vez, destas normas superiores, ascende-se até encontrar o complexo normativo originário, “que atua apenas como critério de pertinência e validade, não sendo válidas nem inválidas as suas normas”<sup>5</sup>.

Através destas perspectivas iniciais é que devem ser observadas as normas constitucionais: mediante estas premissas, vislumbrar-se-á como o sistema jurídico compreende os enunciados normativos e normas jurídicas decorrentes das comunicações constitucionais e as repercussões sistêmicas destes fenômenos. Isto é, a Constituição não pode ser vista sozinha; é imperioso que toda a construção jurídica dela seja percebida com base no (e em relação ao) sistema que ela deve se inserir.

---

<sup>1</sup> A visão adotada de ordenamento é a dele como um conjunto de prescrições hipotético-condicionais (normas jurídicas decorrentes da (re)construção de enunciados normativos (significantes) num estado “bruto”, ou seja, ainda não submetidas às estruturas/ferramentas de coordenação e subordinação do sistema jurídico – que, enfim, organizam, em planos sintáticos e semânticos, as normas jurídicas dotadas de licitude. Em sentido similar, confira: VITA, op. cit., p. 132-134.

<sup>2</sup> Abordando esta questão da norma jurídica em relação ao ordenamento em que está inserida, Tercio Sampaio aduz que a validade não é algo intrínseco da norma, porém depende da relação ou conjunto de relações globais de autoridade a que esta se submete; para o autor, a validade de uma norma é condicionada – formal e substancialmente – pelo ordenamento em que ela está inserida; cf. FERRAZ JR., op. cit., p. 184-186.

<sup>3</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 186-187.

<sup>4</sup> Cf. NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 26-27.

<sup>5</sup> Ibid., p. 28.

O fenômeno da inconstitucionalidade será necessariamente uma questão relativa (não absoluta): as normas e condutas (relevantes ao Direito) não são inconstitucionais em si mesmas; para que sejam assim classificadas é necessária a realização de um contraste entre elas (norma/conduta) e um parâmetro constitucional. A inconstitucionalidade tem essa feição, conquanto incipiente, de desconformidade entre – no mínimo – duas comunicações do ordenamento jurídico, em que ao menos uma delas ostenta caráter de pertencimento à Constituição. Bem assim, o entendimento deste fenômeno passa pela necessária percepção dos significados de Constituição e da (re)construção de normas constitucionais.

A Constituição pode ser compreendida de diversas maneiras<sup>6</sup> e por vários sentidos distintos, seja sob um ponto de vista sociológico<sup>7</sup>, político<sup>8</sup> ou jurídico<sup>9</sup>. Não obstante esta

---

<sup>6</sup> “Constituição” é um termo marcado pela convergência de várias significações ao conceito, cuja definição incipiente remonta Aristóteles, contemplando-a como o modo de ser da *polis* – sua estrutura de governo e organização política. Cf. ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Hemus Editora, 2005, p. 112.

<sup>7</sup> Ferdinand Lassalle, sob um critério sociológico/econômico, aduz que Constituição, na sua essência, é a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação. Assim, se a soma destes fatores reais de poder for escrita numa folha de papel, adquirirão uma expressão formalizada, passando a constituírem instituições jurídicas. Desta forma, podem existir duas Constituições: a) a real/efetiva, integralizada pelos fatores reais de poder; e, b) escrita – que, se não houver conformidade com a estruturação do poder social (Constituição real), nada mais será que uma folha de papel (LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução: Roberta Camineiro Baggagio. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 5-32). Esta visão, entretanto, desconsidera a aptidão constitucional de, ao menos em certa medida, condicionar e/ou conformar a base real de poder; a força normativa da Constituição serve também para impor/determinar mudanças sociais, inclusive nas estruturas de poder vigentes.

<sup>8</sup> A visão política de Constituição é tradicionalmente atribuída a Carl Schmitt; não obstante, este autor apresenta quatro conceitos distintos de Constituição: a) absoluto; b) relativo; c) positivo e, d) ideológico. No conceito absoluto, Constituição significa “collective condition of political unity and social order of a particular state”, ou seja, apresenta-se de forma unitária e integral, significando – ao mesmo tempo – o modo de ser de uma unidade política e também a normatização legislativa fundamental de uma organização estatal. Sob o viés relativo, a Constituição é um conjunto de manifestações legislativas textuais, cujos procedimentos de reforma/alteração/modificação são mais difíceis do que os das leis comuns. Em sentido positivo, a Constituição é vista como “the complete decision over the type and form of the political unity”, isto é, trata-se de uma decisão política fundamental – que destoa das demais decisões políticas, que são relegadas a um segundo plano, posto que se subordinam às determinações próprias do constituinte –; daqui surge a distinção entre Constituição e leis constitucionais, sendo estas últimas compreendidas como as enunciações constitucionalmente expressadas que não se afirmam como decisão política fundamental. Enfim, pela visão ideológica, ela é constituída apenas por um conteúdo predeterminado, formado pelo conjunto de ideais referentes a um certo tipo de Constituição/sociedade política (SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Tradução: Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008, p. 57-93). A compreensão do autor pode implicar em certos entraves democráticos, especialmente no que concerne à tutela das normas constitucionais em face de condutas (relevantes ao Direito) ou outras normas potencialmente violadoras do âmbito de proteção constitucional; para uma análise mais profunda deste conteúdo, confira: PINTO, Roberto Bueno. Carl Schmitt x Hans Kelsen: defensor ou senhor da Constituição? **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, v. 60, n. 3, p. 103-136, set./dez. 2015.

<sup>9</sup> Kelsen, vê a Constituição sob uma forma jurídico-normativa e a compreende dentro de uma estrutura hierárquica: pressuposta a norma fundamental, a Constituição ocupa o nível mais elevado no ordenamento jurídico. Além do mais, o autor distingue a Constituição em sentido material e formal. Neste ela é apreendida como um documento solene, composto por uma série de normas que são submetidas a um procedimento mais rígido de alteração/reforma; pelo sentido material, consiste “nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos”. Assim, conquanto o documento denominado Constituição contenha outras normas, estas não integram o âmbito do sentido material de Constituição – serão constitucionais apenas sob a perspectiva formal (KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 182).

multivocidade<sup>10</sup>, é preciso estipular a sua definição necessária à compreensão do fenômeno da inconstitucionalidade. Anota-se que a Constituição é marcada por uma gama de contextos fático-sociais e ideológicos, que se exalta tanto na enunciação constituinte quanto nos atos de reforma, interpretação de aplicação dos seus ditames, entretanto o escopo deste item é avaliar critérios necessários e suficientes à configuração da inconstitucionalidade.

Isto é, não se descarta que a Constituição possa ser percebida como um acoplamento estrutural<sup>11</sup> que relaciona a política ao Direito, entendida como o “mecanismo que possibilita a diferenciação entre política e direito no âmbito dos Estados”<sup>12</sup>, ainda que influencie mutuamente estes sistemas. Entretanto, a maior pertinência das definições e repercussões aqui tratadas será conferida aos aspectos que mais se adequem à instrumentalidade necessária ao controle de constitucionalidade.

Pensa-se, em rumo à finalidade acima proclamada, na Constituição como dotada de supremacia hierárquica<sup>13</sup> sobre os demais elementos componentes do ordenamento, servindo como um fundamento de pertinência e validade do sistema jurídico. Esta supremacia – no que é mais relevante ao controle de constitucionalidade – deve ser analisada especialmente sob um prisma formal<sup>14</sup>, com a estipulação de procedimentos mais dificultosos de alteração de

---

<sup>10</sup> Abordando os requisitos para que a Constituição seja tomada no sentido moderno, Marcelo Neves enuncia que isto depende “no plano estrutural, de amplos pressupostos e exige, no nível semântico, clareza conceitual, para que seja uma categoria apta a servir ao esclarecimento de problemas decisivos da sociedade mundial contemporânea” (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2018, p. 4.).

<sup>11</sup> O acoplamento estrutural não se confunde com os acoplamentos operativos (que surgem nas operações entre sistemas distintos – numa relação de operação com operação, que durará na mesma medida que evento ocorra no sistema e ambiente). Ocorre um acoplamento estrutural quando um sistema supõe certas qualidades e/ou características de seu ambiente de forma estruturada; trata-se de uma percepção (através de irritações, surpresas ou perturbações) restritiva do ambiente pelas próprias estruturas do sistema – inclusive no que se refere ao tempo do sistema. Cf. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 589-665. Estes acoplamentos estruturais servem à “promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca a sua respectiva autonomia” (NEVES, 2018, op. cit., p. 35). Bem assim, estes sistemas acoplados funcionam em relação duradoura de mútua dependência e independência; no exemplo da Constituição, ela confere relevância ao código “lícito/ilícito” para o sistema político, ao mesmo tempo em que a codificação “governo/oposição” se torna relevante para o sistema jurídico.

<sup>12</sup> NEVES, 2018, op. cit., p. 56.

<sup>13</sup> Como anota Celso Barbi: “se a Constituição é lei fundamental, de categoria mais alta, e a ela deve subordinar-se o legislador ordinário, não se pode admitir a validade de lei ordinária contrária à Constituição. Se o fizermos, estaríamos admitindo a reforma da Constituição fora do procedimento estabelecido para isto, e negando a supremacia constitucional”. (BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. **Revista da Faculdade de Direito – UFMG**, Belo Horizonte, n. 7, p. 45-63, 1967, p. 46).

<sup>14</sup> Malgrado seja possível a existência de controles normativos mesmo em sistemas jurídicos sem uma Constituição escrita (v.g. desrespeito a procedimentos de elaborações de leis), o foco do trabalho estará na situação brasileira, que possui um documento constitucional próprio e promulgado de forma escrita.

enunciados constitucionais<sup>15</sup>; vale dizer, se fosse viável a reforma da Constituição pelo mesmo rito assinalado à legislação ordinária, seria praticamente impossível utilizá-la como parâmetro à validade de normas jurídicas<sup>16</sup>. Já que dotada de supremacia, a Constituição se mostra como um vetor de condicionamento da pertinência do regular ingresso (com codificação de licitude) de um elemento ao ordenamento e, bem assim, à sua percepção pelo sistema jurídico.

Uma vertente da inconstitucionalidade é a sua configuração como um “problema de relação intra-sistemática de normas pertencentes a um determinado ordenamento”<sup>17</sup>, isto é, a inconstitucionalidade seria um resultado negativo – ao menos em potência – do exame de pertencimento da norma ao ordenamento em que ela deveria estar abarcada<sup>18</sup>. Neste sentido, a Constituição acarreta um “nível reflexivo do código ‘lícito/ilícito’ no interior do sistema, o código ‘constitucional/inconstitucional’”<sup>19</sup>.

Esta abordagem é bastante focada no problema da inconstitucionalidade de enunciados normativos e de normas jurídicas (especialmente quando inseridos/suportados em leis – *lato sensu*); entretanto, o fenômeno da inconstitucionalidade não se circunscreve a este tipo de verificação: não só normas e enunciados podem ser inconstitucionais, mas também condutas materiais (melhor dizendo, as percepções jurídicas destas condutas pelo sistema).

Outra concepção é a da inconstitucionalidade é como uma antinomia<sup>20</sup> específica, que tenha ao menos, como um de seus componentes, uma norma constitucional. Insta ressaltar que se pensa na antinomia jurídica como uma relação de contradição ou contrariedade dentro de

---

<sup>15</sup> Conquanto defenda que os requisitos mínimos para o controle de constitucionalidade sejam a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional, Luís Roberto Barroso adota significados semelhantes aos expressados neste trabalho (ainda que aqui se utilize apenas a rubrica “supremacia da Constituição” para comunicar este sentido prescritivo). Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica de jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

<sup>16</sup> Em sentido semelhante, Georg Jellinek expõe que o critério jurídico de diferenciação de “leis constitucionais” e leis ordinárias é a forma como são enunciadas; caso não houvesse esta hierarquia formal no Estado, a Constituição careceria de qualquer significado prático no Direito. Cf. JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução: Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 319-352.

<sup>17</sup> NEVES, 1988, op. cit., p. 69.

<sup>18</sup> Tratando de uma percepção semiótica do fenômeno da inconstitucionalidade das leis, Marcelo Neves propõe que a inconstitucionalidade se caracteriza “em virtude da defeituosidade na relação sintático-jurídica de fundamentação-derivação, quer dizer, resultado da incidência deficiente das regras sintático-constitucionais de derivação” (NEVES, 1988, op. cit., p. 136).

<sup>19</sup> NEVES, 2018, op. cit., p. 59.

<sup>20</sup> Importa salientar que, no entendimento de Jonathan Vita, a antinomia é uma contradição existente entre os elementos do sistema, cuja configuração demanda a ocorrência de duas proposições contraditórias acerca de um único dado de mundo; por seu turno, a antinomia jurídica é a “regulação excludente/contraditória por meio de dois ou mais textos jurídicos, editados de maneira válida no sistema de direito positivo” (VITA, op. cit., p. 131). Não obstante a posição, é um entendimento que não se comunga com o adotado no presente trabalho, uma vez que o autor restringe a antinomia entre proposições jurídicas válidas e, conforme as premissas seguidas nesta dissertação, a inconstitucionalidade acarreta a invalidade de proposições jurídicas, numa percepção possível de antinomia resolvida por conta de estruturas de hierarquia/subordinação do sistema jurídico. Bem assim, defende-se que basta o pertencimento da norma ao ordenamento para que haja antinomia, de modo que a invalidade pode, inclusive, ser resultado da solução de antinomias.

uma estrutura normativa do ordenamento (e não do sistema jurídico): haverá antinomia quando, para um mesmo antecedente fático, existirem previsões distintas e incompatíveis entre consequentes jurídicos – isto é, variações indevidas no modal deôntico utilizado<sup>21</sup>.

O escopo deste trabalho determina que o fenômeno da inconstitucionalidade seja compreendido em íntima relação ao controle de constitucionalidade. Neste sentido, desponta o controle de constitucionalidade como um mecanismo – quiçá o mais relevante deles – de correção de inconstitucionalidades e, assim, de (re)estabelecimento da harmonia do sistema jurídico<sup>22</sup>. Percebe-se a inconstitucionalidade como o resultado do contraste entre um determinado objeto e um parâmetro (ou conjunto deles) constitucional: mais precisamente, a inconstitucionalidade ocorrerá quando este objeto não se amoldar ao parâmetro. Assim, o fenômeno da inconstitucionalidade é definido como uma relação de incompatibilidade entre um objeto jurídico e um parâmetro constitucional normativo. Faz-se mister agora expressar as significações abrangidas pela determinação dos termos “objeto” e “parâmetro”.

O parâmetro constitucional é composto por todas as (re)construções normativas possíveis e legítimas fundamentadas em enunciados constitucionais. A formação do parâmetro é precedida de momentos de interpretação/aplicação dos enunciados constitucionais; este processo, pela estrutura com a qual é manifestado o texto e as circunstâncias de promulgação da Constituição e exercício de poder estatal, implicam que a (re)construção de normas constitucionais é bastante fundamentada em operações semânticas pragmaticamente condicionadas – conquanto existam tentativas de encobrir cientificamente esta situação<sup>23</sup>.

O conjunto de textos constitucionais é o que dá suporte físico às normas que servirão de baliza ao controle de constitucionalidade. Insta ressaltar que não apenas o texto expressamente positivado no documento escrito denominado Constituição servirá para a construção de parâmetros, porém também outros textos que gozem de supremacia constitucional, tais como as enunciações das emendas constitucionais não incorporadas ao texto principal da Carta Magna e os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos aprovados pelo procedimento específico veiculado mediante o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Há uma relação de contradição quando, entre duas proposições, a verdade de uma permita afirmar a falsidade da outra; por seu turno, há relação de contrariedade quando não seja possível que ambas sejam verdadeiras, conquanto haja viabilidade delas serem concomitantemente falsas. Cf. CARVALHO, op. cit., p. 84-89.

<sup>22</sup> BARROSO, op. cit., p. 23.

<sup>23</sup> NEVES, 1988, op. cit., 135-136.

<sup>24</sup> Malgrado ostentem supremacia formal no mesmo teor das emendas constitucionais, estes tratados não se incorporam ao texto do documento denominado Constituição. Entretanto, mesmo que não constantes do texto unificado, podem conferir fundamento para a construção de normas jurídicas aptas a serem consideradas parâmetros para o controle de constitucionalidade.

Por seu turno, o objeto é compreendido como tudo aquilo que pode ser submetido a controle de constitucionalidade: não é correto – conforme a definição acima proposta ao fenômeno da inconstitucionalidade – que haja restrição deste aos atos legais ou atos normativos<sup>25</sup>. Isto é, não apenas atos normativos estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, porém atos do poder público em geral, sejam eles atos normativos, administrativos, jurisdicionais, ou certas condutas, tanto comissivas quanto omissivas. A grande variedade formas de expressão de controle de constitucionalidade no direito brasileiro possibilita que também sejam discutidos os mais diversos tipos de objeto, ainda que haja restrição destes em certos tipos (ritos) de demandas constitucionais.

Em razão da amplitude do objeto, com a intenção de reduzir complexidades, é possível subdividi-lo em duas classes: a) condutas; e, b) normas jurídicas.

Ante as premissas estabelecidas no trabalho acerca da diferenciação entre enunciado e norma, o enunciado poderá ser abrangido – em algumas ocasiões – pela classe “conduta”: quando o próprio ato (ou o conjunto de atividades de manifestação realizados pelos sujeitos comunicantes) de enunciar for incompatível com a Constituição, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade em função de uma conduta desconforme ao ordenamento (v.g. projeto de lei aprovado a despeito da existência de vício de iniciativa); em contrapartida, se o texto enunciado for inconstitucional em razão de suas significações e/ou significados, estar-se-á perante uma inconstitucionalidade por um objeto normativamente incompatível com o ordenamento. Bem assim, o conceito “conduta” é capaz de albergar tanto atos materiais, seja um fazer, um dar ou um não fazer, quanto atos estruturalmente voltados à inserção/modificação/extinção de enunciados no ordenamento jurídico.

Por seu turno, o conceito “norma” alberga todos os conjuntos de significações e significados dos enunciados normativos, para que, então, se avalie a (in)compatibilidade deles aos parâmetros constitucionais. Não importa se a pretensão da inconstitucionalidade seja reduzir a zero as possibilidades de interpretação legítima dos enunciados, ainda assim se considerará que este tipo de objeto integra a classe “norma”. Esta distinção passa a ser relevante quando se verificam os casos em que a inconstitucionalidade recai sobre o enunciado jurídico como um todo em contraste com aquelas situações em que a decisão sobre a validade se

---

<sup>25</sup> Em sentido contrário, Jorge Miranda defende que não se pode considerar inconstitucionalidade qualquer conduta/ato jurídico que afronte norma constitucional, posto que os atos particulares/privados não seriam albergados pela definição de inconstitucionalidade: ainda que atitudes privadas atentem contra a Constituição, o regime jurídico da inconstitucionalidade é reservado aos atos públicos, de maneira que as condutas particulares, mesmo relevantes ao Direito, pertencem a outra seara normativa/legislativa. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. 6. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 10-11.

circunscreve às possibilidades de (re)construção normativa – como é o caso da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e da interpretação conforme a Constituição<sup>26</sup>.

Diante desta abordagem inicial, do mesmo modo que a inconstitucionalidade é vista como a inadequação de condutas ou normas jurídicas às prescrições normativas de índole constitucional, o controle de constitucionalidade é percebido como a verificação de pertencimento de uma norma ou conduta ao ordenamento jurídico-constitucional: observa-se a relação de compatibilidade – procedimental e substancial – entre uma determinada conduta/norma jurídica e o conjunto de normas constitucionais que servem de bloco de constitucionalidade<sup>27</sup> caracterizadores do parâmetro.

Reitera-se uma percepção do fenômeno da inconstitucionalidade em relação à sua proximidade/fundamentalidade ao controle de constitucionalidade, de maneira que a estratificação destes fenômenos será observada em razão desta simbiose. Isto é, elementos do controle de constitucionalidade serão abaixo verificados em conformidade com as compreensões necessárias à inconstitucionalidade como *ratio decidendi* do precedente judicial.

### 3.1 CRITÉRIOS DEFINIDORES DA INCONSTITUCIONALIDADE

Dentro do conceito inconstitucionalidade são albergadas diversas classes de alocação de signos/conteúdos distintos. Este tópico será destinado a algumas destas divisões didáticas, cuja finalidade é identificar maneiras de expressão constitucional, abordando algumas definições denotativas do termo.

#### 3.1.1 Inconstitucionalidade formal e material

A primeira divisão analisada é aquela que reparte a inconstitucionalidade entre formal (também chamada de procedimental) e material (denominada de substancial). Esta classificação é voltada para a observância de normas e enunciados normativos<sup>28</sup> e se baseia na maneira como a inconstitucionalidade é percebida através do contraste entre o objeto e o tipo de parâmetro

---

<sup>26</sup> Ambos os casos são analisados em item seguinte do trabalho, para onde se remete o leitor.

<sup>27</sup> Marcelo Novelino indica duas compreensões básicas ao termo “bloco de constitucionalidade”; inicialmente, pode ser definido – num sentido estrito – como a totalidade das normas constitucionais resultantes de enunciados da Constituição formal; por sua vez, em sentido amplo, abrange as normas constitucionais (tanto em sentido formal quanto material) e também infraconstitucionais, desde que estas estejam vocacionadas ao desenvolvimento da eficácia dos preceitos e postulados entabulados na Constituição. Cf. NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 160. Neste trabalho, a expressão é utilizada no sentido estrito, sendo um sinônimo parâmetro constitucional, composto das reconstruções normativas possíveis fundamentadas em texto formalmente constitucional.

<sup>28</sup> Em sentido distinto, Barroso entende que esta classificação é voltada à avaliação da (in)constitucionalidade de atos normativos primários, compreendidos como aqueles taxativamente elencados no artigo 59 da Constituição Federal (BARROSO, op. cit., p. 48).

constitucional: se há desrespeito há alguma regra de competência e/ou procedimento, ou se há violação a limites de conteúdo normativo impostos pela Constituição aos atos infraconstitucionais.

Quando entre o conteúdo do objeto houver relação de contradição ou contrariedade<sup>29</sup> a um parâmetro (ou conjunto de parâmetros) constitucional, haverá inconstitucionalidade material/substancial. Trata-se, portanto, de uma relação nomoestática de incompatibilidade vertical entre o conteúdo da norma constitucional e o cometimento da norma infraconstitucional. Bem assim, somente é viável o acontecimento desta estirpe de inconstitucionalidade em ordenamentos integrados por uma Constituição rígida, uma vez que se esta fosse flexível, os ditames constitucionais poderiam ser alterados por procedimento equivalente àquele determinado às leis ordinárias.

A inconstitucionalidade formal<sup>30</sup> surge do descumprimento do conteúdo das normas constitucionais que versam sobre os procedimentos a serem seguidos para a criação/construção de enunciados jurídicos. Vê-se, portanto, que a inconstitucionalidade aqui prescinde de contradição ou contrariedade entre o conteúdo do objeto em relação às prescrições do parâmetro – ocorre mácula nos atos quesitos necessários à elaboração do ato, independentemente do conteúdo deste. Trata-se de uma incompatibilidade nomodinâmica das relações.

Um prisma pragmático destes fenômenos indica que, no caso da inconstitucionalidade formal, o ato normativo descumpra os mandamentos constitucionais de validação condicional, enquanto na inconstitucionalidade material, o desrespeito será dirigido às técnicas condicionais de validação finalística<sup>31</sup>. Não obstante, é possível que concretamente um enunciado desobedeça, ao mesmo tempo, os preceitos jurídico-constitucionais de validação condicional e finalística – sendo, assim, formal e materialmente inconstitucional.

### 3.1.2 Tipo de conduta do objeto

Esta classificação se fundamenta no tipo de conduta praticada por um agente ou autoridade pública que será contrastada ao parâmetro. Divide-se em inconstitucionalidade por

---

<sup>29</sup> Para uma abordagem sobre as questões de contradição e contrariedade em antinomias de normas jurídicas confira BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 81-91.

<sup>30</sup> Tradicionalmente são apontadas como espécies de inconstitucionalidade formal as seguintes: a) orgânica – marcada pelo descumprimento de regra de competência para a edição do ato normativo (v.g. Município que, através do seu órgão legislativo edita lei que crie novo crime); b) propriamente dita – quando ocorre inobservância ao processo legislativo em si (v.g. aprovação de lei complementar sem o devido quórum); e, c) violação a pressupostos objetivos – surge do descumprimento de balizas estabelecidas como necessárias à edição de certos atos normativos (v.g. desrespeito aos pressupostos de relevância e urgência para edição de medidas provisórias). Cf. NOVELINO, op. cit., p. 163.

<sup>31</sup> NEVES, 1988, op. cit., p. 110-111.

ação e inconstitucionalidade por omissão: na primeira, a violação constitucional decorre da prática de um ato interdito pela Constituição; por seu turno, na inconstitucionalidade por omissão, deixa-se de praticar uma conduta constitucionalmente exigida<sup>32</sup>.

Na inconstitucionalidade por ação – modo mais tradicional de concepção deste fenômeno –, a desconformidade jurídica surge de uma conduta positiva (um fazer) perpetrada por algum sujeito que contraste com limites/barreiras constitucionais. Na inconstitucionalidade por omissão, o vício decorre de indevida inércia de quem estava obrigado a realizar certo ato jurídico – seja de caráter normativo ou material.

Conquanto não se restrinja a tanto, o principal escopo de análise da inconstitucionalidade por omissão tende a ser o decurso prolongado de tempo em desconformidade ao dever de editar atos normativos primários (especialmente os de caráter legislativo). Inclusive neste sentido foram previstas constitucionalmente duas ações específicas para cuidar desta situação: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>33</sup>.

No que tange ao dever de editar leis, a questão da omissão inconstitucional tem que ser verificada em comunhão com a liberdade de conformação legislativa titularizada pelos parlamentares. Ao se permitir a análise da (in)constitucionalidade da não edição da lei/ato normativo, parte-se de uma premissa que, em vez de uma faculdade irrestrita, em certas ocasiões, os legisladores encontram-se sujeitos ao dever jurídico de regulamentar certos aspectos do Direito: é viável a (re)construção normativa de mandamentos constitucionais positivos que obriguem o Parlamento a legislar (lhe determine um *facere*, portanto) sobre determinado ponto específico<sup>34</sup> ou que imponha que certa autoridade dê início ao procedimento legislativo (v.g. casos de iniciativa exclusiva do Executivo).

O poder de legislar é geralmente compreendido como uma faculdade do Parlamento<sup>35</sup>, que o exercerá em conformidade às contingências políticas – malgrado limitadas também por ditames jurídicos. Ordinariamente, a inércia do legislador, mesmo que prolongada, é acolhida pelo âmbito de proteção da liberdade de conformação legislativa; contudo, nas situações em que existe mandamento específico à edição de norma regulamentadora de preceito

---

<sup>32</sup> BARROSO, op. cit., p. 53.

<sup>33</sup> Os efeitos decorrentes da decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão serão tratados no tópico 4.3 deste trabalho, para onde se remete o leitor.

<sup>34</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.003 et seq.

<sup>35</sup> Não se descarta, entretanto, que a outros Poderes também são dirigidos comandos de legislar, especialmente no que concerne à estrutura/organização de certos órgãos ou estatutos próprios, como é o caso da elaboração do Estatuto da Magistratura (cuja iniciativa do processo legislativo é reservada ao Judiciário) e organização do Conselho da República (cujo projeto de lei compete ao Executivo), por exemplo.

constitucional, a abstenção será ilegítima e apta a configurar inconstitucionalidade por omissão<sup>36</sup>.

A inércia ilegítima da autoridade pública e, neste diapasão, a inconstitucionalidade por omissão pode ser total ou parcial. Será total quando o legislador deixar inteiramente de exercer o mister que lhe era constitucionalmente determinado; isto é, quando, a despeito de mandamento constitucional, não editar o ato normativo a que estava juridicamente compelido. Por seu turno, a omissão será parcial quando, malgrado haja ato normativo tratando da matéria, exclui do âmbito de incidência/proteção alguma categoria que deveria estar abrangida, seja num modo vertical (insuficiência de realização da norma constitucional) ou horizontal (abrangência de beneficiário)<sup>37</sup>.

Vê-se que a inconstitucionalidade pode ser fundamentada tanto na existência de ato normativo quanto na falta dele. Ademais, a existência de um ato pode significar, concomitantemente, uma inconstitucionalidade por ação ou por omissão parcial<sup>38</sup>.

### 3.1.3 Extensão da inconstitucionalidade em relação ao enunciado normativo

A inconstitucionalidade de ato normativo atinge o texto e, por consequência, as normas jurídicas que seriam – ou poderiam ser – (re)construídas com alicerce neste fundamento. A manifestação que reconhece a dissonância de enunciado normativo em face aos parâmetros constitucionais se expressa no sentido de impor que aquelas comunicações são (ou tornam-se (ou serão)) impertinentes ao sistema jurídico. Isto é, a decisão sobre a inconstitucionalidade qualifica, as normas inquinadas, pela codificação de ilícitas e, em momento posterior, confere à comunicação enunciada a natureza de “não-direito”. Contudo, nem sempre esta impertinência atingirá integralmente o ato enunciado: é viável que haja temperamento dela no que concerne aos signos textuais afetados, de maneira que ela poderá ser total ou parcial.

Sob este panorama, a inconstitucionalidade é total quando atinge a integralidade da expressão textual prolatada; numa lei, por exemplo, será total se o texto dela como um todo for declarado inconstitucional ou, ainda, se a totalidade da sentença manifestada por um dispositivo o for. Em contrapartida, a inconstitucionalidade será parcial quando apenas parcela de um dispositivo for compreendida como dissonante aos parâmetros constitucionais (restando, assim, dentro da sentença comunicada, fragmentos válidos); utilizando-se novamente a lei como

---

<sup>36</sup> BARROSO, op. cit., p. 56.

<sup>37</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2018, p. 840-841.

<sup>38</sup> Em tópico posterior do trabalho serão avaliadas as repercussões dos tipos decisórios possíveis nas demandas que versem sobre omissões parciais e as consequências impostas ao sistema de precedentes nestas situações.

exemplo, haverá inconstitucionalidade parcial quando uma expressão de um determinado artigo tiver a sua invalidade reconhecida, mantendo-se incólume o restante<sup>39</sup>.

É importante asseverar que, mesmo nos casos de inconstitucionalidade parcial, a manifestação que a identifica é direcionada imediatamente ao enunciado normativo. Nestas situações, reconhece-se a legitimidade da construção de uma ou algumas normas a partir daquele texto, entretanto, este resultado semântico somente poderia ser alcançado se não houvesse a expressão textual de certo signo ou conjunto deles. Assim, para conferir coesão sintática e semântica, e permitir que haja manifestação clara dos sentidos lícitos no ordenamento jurídico, promove-se uma declaração parcial de (in)constitucionalidade<sup>40</sup>, comungada com uma afetação de expressões do texto positivado.

Se utilizada de forma irrestrita, este tipo de declaração de inconstitucionalidade teria o condão de alterar completamente os sentidos primários dos textos e, assim, servir de vetor de alteração integral de construção de sentidos de normas jurídicas. Para evitar abusos no manejo desta técnica decisória, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade deste tipo de declaração de inconstitucionalidade quando o resultado prático for a desfiguração dos sentidos normativos primários (v.g. transformar conduta que era inicialmente permitida em conduta proibida depois de supressão judicial de certos termos positivados)<sup>41</sup>.

Estas classificações apresentadas acerca da inconstitucionalidade poderão influenciar na forma como um precedente judicial repercute e na maneira que a jurisdição é vinculada pelas manifestações decisórias. Firmadas estas bases, segue-se à classificação do controle de constitucionalidade.

### 3.2 CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JURISDICIONAL

O controle de constitucionalidade é formado pelo conjunto de mecanismos estabelecidos para legitimar – através de processos/procedimentos – a verificação de conformidade entre objetos (sejam normas ou condutas) e parâmetros constitucionais<sup>42</sup>. Serve

---

<sup>39</sup> NOVELINO, op. cit., p. 163.

<sup>40</sup> Ressalta-se que este item do trabalho aborda o ponto da inconstitucionalidade parcial com redução de texto. Em tópico seguinte se tratará da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

<sup>41</sup> Ao julgar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949-0, o STF decidiu que “não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dado que não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo”.

<sup>42</sup> É possível que o controle de constitucionalidade seja visto como um instrumento que materializa um segundo nível de *re-entry*, pois é uma forma institucionalizada em que o lícito (procedimento estipulado) reconhece o ilícito (a inconstitucionalidade), não deixando que este se perceba por suas próprias mãos. Cf. LUHMANN, op. cit., p. 232-233.

como uma ferramenta de conferência de integridade e coesão ao sistema jurídico: somente aquilo que estiver compatível com a Constituição será codificado como lícito.

Esta análise comparativa pode ocorrer de várias maneiras e por diversas autoridades comunicantes. Isto é, conquanto o foco principal do trabalho seja em relação ao controle de constitucionalidade exercido através da jurisdição, esta não é a única forma pela qual ele se materializa no ordenamento brasileiro. O Direito pátrio atribui também a órgãos posicionados fora da estrutura judiciária competências ligadas à avaliação de compatibilidade constitucional de normas e/ou atos normativos: é o caso, por exemplo, das comissões parlamentares presentes nas diversas esferas federativas do Legislativo que avaliam a constitucionalidade dos projetos de leis apresentados; a possibilidade do Executivo impor vetos – fundamentos na inconstitucionalidade – a atos/enunciados normativos etc.

Não se descarta da importância deste controle político<sup>43</sup> de constitucionalidade, entretanto, a dissertação se dirige aos precedentes judiciais. Em razão desta demarcação temática, a avaliação será restrita ao controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. Os subtópicos seguintes se ocupam deste mister, com o escopo de desvelar as nuances que envolvem o controle jurisdicional de constitucionalidade, iniciando-se pelo critério temporal de sua demarcação.

### 3.2.1 Momento do controle de constitucionalidade

Quanto ao momento de exercício, o controle é dividido em preventivo (prévio) e repressivo (posterior). Esta classificação leva em conta o aspecto temporal da expressão/publicação de atos normativos e determina que será preventivo o controle realizado antes da perfectibilização do ato e, por sua vez, será repressivo aquele concretizado após a publicação do ato normativo<sup>44</sup>.

No controle preventivo, ainda não há perfeita enunciação de ato normativo no ordenamento, de modo que a percepção da inconstitucionalidade impedirá a conclusão do procedimento de manifestação de dispositivos normativos<sup>45</sup>; isto é, a inconstitucionalidade servirá como óbice à formação do ato. Desta feita, não ocorre um reconhecimento de invalidade de ato normativo (sequer há ato normativo a ser declarado nulo); a decisão que julga a inconstitucionalidade, nestes casos, atua impedindo que o ato venha a existir. Decide-se que –

---

<sup>43</sup> Classifica-se como controle político de constitucionalidade aquele que, mesmo fundamentado por critérios jurídicos, é exercido fora do ambiente jurisdicional; neste sentido, confira: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1.435.

<sup>44</sup> Cf. NOVELINO, op. cit., p. 165-168.

<sup>45</sup> Cf. BARBI, op. cit., p. 47-48.

mesmo desvinculado de relação jurídica material específica – o sistema jurídico não reconhecera como lícitas as normas reconstruíveis do enunciado cuja comunicação fora prejudicada.

Malgrado seja precipuamente exercido de maneira política, também é possível que o Judiciário – excepcionalmente – promova o controle preventivo de constitucionalidade de atos normativos. No que tange ao processo legislativo, o Supremo Tribunal Federal<sup>46</sup> estabeleceu certos *standards* que devem ser cumpridos para que haja viabilidade deste controle: a) deve ser exercido processualmente através de mandado de segurança; b) somente parlamentares titulares de mandatos perante a Casa em que esteja tramitando o projeto podem propor a demanda; c) a pretensão do *writ* é tutelar direito do parlamentar de participar apenas de processos legislativos constitucionalmente devidos; e, d) o parâmetro constitucional utilizável é restrito às normas que organizam o devido processo legislativo<sup>47</sup>.

Dada a excepcionalidade deste tipo de controle, o foco do trabalho será dirigido ao controle repressivo, entretanto, algumas considerações precisam ser feitas acerca deste controle e sua aptidão para formar precedentes. Caso seja obstado o andamento de um projeto de lei que fira cláusula pétrea mediante controle judicial preventivo, há de se considerar se o que integra o antecedente fático da norma construída judicialmente é a específica redação dos dispositivos impugnados ou se é o conjunto de significações possíveis advindas destes dispositivos. O *holding* será relevante em razão da vinculação horizontal do precedente, mormente quando aliada aos deveres de integridade e coesão do procedimento decisório: a) se a compreensão for que apenas a disposição específica dos signos, analisados sob um viés primordialmente sintático, integra a construção fática da *ratio decidendi*, o Tribunal não estará vinculado à prévia decisão no caso de novo dispositivo impugnado (ainda que dele possa resultar as mesmas significações que foram anteriormente impedidas); b) por outro lado, se o antecedente for composto por esta gama de significações, em casos posteriores similares, o Judiciário deverá promover autorreferência e, caso adote decisão em rumo distinto, deverá fundamentar racionalmente o *overruling*. Não obstante, em qualquer das situações, se o Legislativo reiniciar projeto com os mesmos dispositivos tidos por inconstitucionais<sup>48</sup>, a força vinculante do

---

<sup>46</sup> Cf. Mandado de Segurança nº 24.642/DF.

<sup>47</sup> Neste sentido, ao julgar o Mandado de Segurança nº 32.033/DF, o STF decidiu que não é viável análise preventiva de (in)constitucionalidade material do objeto: somente se coíbe a produção de atos normativos incompatíveis com as disposições constitucionais que regulamentam o processo legislativo.

<sup>48</sup> Esta conduta seria uma manifestação do que se convencionou chamar de “efeito *backlash*”; para uma análise mais aprofundada do fenômeno, confira: SALES, Tainah Simões; MARTINS, Luana Adélia Araújo; ACÁCIO, Ingrid Thayná de Freitas. As mutações constitucionais inconstitucionais e o “efeito *backlash*”. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 178-192, 2018, p. 185-191.

precedente deve ser observada pelo Judiciário, aplicando o *holding* anteriormente firmado e impondo mesma solução, salvo se for caso de se aplicar a superação do precedente.

Por sua vez, o controle repressivo é a regra quando exercido judicialmente e tem o objeto bastante amplo, contudo, é legítima a imposição de limites, tanto no que concerne ao objeto avaliado quanto ao parâmetro contrastado: é o que se vê, por exemplo na ação direta de inconstitucionalidade e na ação de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente.

### 3.2.2 (Des)vinculação da inconstitucionalidade a relações jurídicas específicas

Neste tipo de controle de constitucionalidade a divisão entre as classes ocorre pela observância da vinculação do processo – e consequente decisão judicial – a relações jurídicas específicas titularizadas por sujeitos determinados ou determináveis. O ponto de vista para classificar uma forma de controle como “concreto” ou “abstrato” é o evento e/ou relação jurídica material discutida na ação: se a demanda versar sobre um processo envolvendo pretensões subjetivas de atores processuais, estar-se-á diante de controle concreto; em contrapartida, no controle abstrato, a ação é imediatamente voltada à análise objetiva de condutas ou normas em face de parâmetros constitucionais – busca-se tutelar a supremacia da Constituição.

No controle concreto, a constitucionalidade do objeto “se apresenta conjugada à aferição de direito subjetivo ou interesse legítimo”<sup>49</sup>. Quando for construída a norma que resolverá o caso apresentado, a inconstitucionalidade fará parte do conjunto hipotético do qual resultará a consequência determinada em juízo. Deste modo, no controle concreto, avaliam-se condições fáticas especializadas que integrarão o antecedente normativo e vincularão o modo de enunciação (e também de compreensão) da *ratio decidendi* a “modelos” de eventos perceptíveis como (in)constitucionais.

De maneira distinta, o controle abstrato “considera a norma em si, desvinculada de direito subjetivo e situação conflitiva concreta”<sup>50</sup>. Trata-se de um “processo objetivo”, em que os atores deduzem pretensão no sentido de avaliar diretamente a (in)validade de condutas (especialmente omissivas, mas não somente delas), atos normativos ou normas em face da Constituição. Ainda que existam relações jurídicas materiais que serão mediatamente afetadas pelo julgamento destas demandas, a ação em si é diretamente desvinculada delas.

Ante esta configuração, em regra, a resolução judicial não poderia – em sentido estrito – conduzir à enunciação de precedentes, posto que desvinculada de especificações fáticas. Não

---

<sup>49</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 826.

<sup>50</sup> Ibid., p. 826.

obstante, a regulamentação jurídica destas demandas confere a elas a potencialidade de interferir diretamente na estruturação do ordenamento jurídico: se uma ação direta de inconstitucionalidade for julgada procedente, possivelmente haverá a extirpação de certo enunciado normativo das comunicações legislativas, de modo que estará vedada a construção de normas jurídicas a partir dele e, neste sentido, há vinculação das demais instâncias jurisdicionais, por conta de alterações promovidas no próprio suporte textual da norma. Ademais, ainda que a decisão não atue diretamente no texto<sup>51</sup> (v.g. declaração parcial de nulidade sem redução de texto), é apta a impedir certas reconstruções de sentido aos enunciados, interferindo em codificações sistêmicas de certas normas.

### 3.2.3 Tipo de pretensão deduzida em juízo

Esta classificação parte de uma análise da estrutura da demanda judicial que versa sobre a inconstitucionalidade. O ponto divisório importa em saber/definir se inconstitucionalidade é manejada como objeto/questão principal da demanda ou como elemento incidental desta: o pedido é a própria inconstitucionalidade ou ela é apenas o motivo pelo qual se requer um pleito específico. Assim, a inconstitucionalidade poderá ser manejada por via principal ou incidental no curso de um processo.

O controle será incidental quando a inconstitucionalidade é utilizada na resolução de premissas lógicas na decisão da lide, como matéria prejudicial à solução determinada pelo juízo<sup>52</sup>. Isto é, a demanda tem a finalidade “x”, entretanto, para se atingir esta finalidade, é imprescindível que se avalie a (in)constitucionalidade de norma ou ato normativo, cujo resultado condicionará o modo de resolução do processo. Esta forma de controle é chamada de incidental porque é um incidente processual tratado como uma questão prejudicial: deve ser analisada antes do mérito da ação e a resolução desta questão condiciona o modo de se decidir o pedido principal – a pretensão será procedente ou improcedente a depender da (in)compatibilidade do objeto ao ordenamento jurídico-constitucional. Nesta toada, a validade da norma estará inserida na justificação do conseqüente jurídico imposto às partes, tendo aptidão para integrar os elementos da *ratio decidendi*.

Noutro giro, a inconstitucionalidade será principal se esta questão integrar o próprio pedido da demanda; ou seja, a parte vai a juízo com o fito primário de ver reconhecida a

---

<sup>51</sup> Veja em tópico seguinte do trabalho a abordagem das técnicas decisórias da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

<sup>52</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 35-36.

(in)constitucionalidade de uma norma e/ou ato normativo. Nestes casos, o controle de constitucionalidade é “realizado em uma ação autônoma cujo objeto, a questão central, é a constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo. É o caso, por exemplo, de uma ação declaratória de constitucionalidade, cujo escopo é ratificar a presunção de validade de um ato normativo.

### 3.2.4 Competência jurisdicional

Nesta clássica divisão, o controle de constitucionalidade pode ser difuso ou concentrado. Ele é observado sob um viés orgânico, ou seja, acerca da (in)exclusividade de competência conferida a certos órgãos judiciais para avaliarem a compatibilidade do objeto ao ordenamento jurídico-constitucional.

Será difuso quando se outorgar competência a qualquer juiz ou tribunal para reconhecer a inconstitucionalidade<sup>53</sup> de uma conduta ou de norma e, assim, condicionar e determinar a consequência jurídica respectiva. Isto é, diz-se que é difuso “quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, consequentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte”<sup>54</sup>.

Por sua vez, será concentrado quando houver competência outorgada especificamente a algum órgão judicial ou a um número restrito deles. No caso brasileiro, existem ações específicas (v.g. ação direta de inconstitucionalidade) cujo conhecimento e julgamento é restrito a um Tribunal: no caso federal, a competência é do Supremo Tribunal Federal, e no caso dos Estados e Distrito Federal, aos respectivos Tribunais locais.

Ambos os tipos de controle são relevantes para uma teoria de precedentes, haja vista que em qualquer destas demandas a *ratio decidendi* poderá ser composta da inconstitucionalidade de uma norma/enunciado e, então, acarretar vinculações acerca de compreensões específicas de significado e/ou expurgação de algumas significações potenciais. Além disso, o próprio art. 927 do Código de Processo Civil arrola demandas afeitas ao controle concentrado de constitucionalidade, reforçando o caráter vinculatório de decisões proferidas nestes processos.

Conquanto tradicionalmente haja uma aproximação entre a) controle concreto, incidental e difuso, e, b) controle abstrato, principal e concentrado, eles representam definições

---

<sup>53</sup> Em sentido distinto, Lenio Streck defende que o juiz de primeiro grau apenas poderia deixar de aplicar uma lei inconstitucional, mas não poderia declarar a sua inconstitucionalidade; segundo a compreensão do autor, a declaração difusa de inconstitucionalidade somente pode ocorrer através do rito previsto no art. 97 da Constituição Federal. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 183-184.

<sup>54</sup> BARROSO, op. cit., p. 69.

denotativas distintas, que observam tanto pontos materiais quanto processuais diferentes. Além disso, é viável – em certas ocasiões, mesmo excepcionais – que eles se entrelacem doutro modo, a exemplo do que pode ocorrer no procedimento de uma ação de descumprimento de preceito fundamental incidental (concentrado, incidental e potencialmente concreto ou abstrato) ou pedidos de ação direta de inconstitucionalidade interventiva (concentrado, direto e concreto).

Finda a exposição destas classificações e fincados os significados destes termos, passa-se às verificações de quais são as repercussões jurídicas imediatamente perceptíveis (e imponíveis) do reconhecimento da inconstitucionalidade. O item seguinte avaliará como o exercício do controle de constitucionalidade influencia o ordenamento e a validade de alguns objetos.

### 3.3 INCONSTITUCIONALIDADE E INVALIDIDADE

A validade é vista por Kelsen<sup>55</sup> como uma questão sintática: uma norma vale em relação a outra(s), que a precede(m) hierarquicamente; o fundamento de validade de uma norma é outra norma, não um fato. A validade é observada como a relação de conformidade de uma norma ao ordenamento que deve(ria) albergá-la, como derivação última de uma norma fundamental<sup>56</sup>. Destarte, para identificar a validade de uma norma é preciso analisar a sua relação de subordinação em face de outra norma.

Por sua vez, uma explicação pragmática de validade normativa pode perceber a norma como uma comunicação prolatada por uma autoridade emissora e recepcionada por um sujeito. No caso da norma jurídica, o emissor é dotado de autoridade – que espera confirmação, admite negação, porém não suporta a desconfirmação<sup>57</sup> – previamente imunizada<sup>58</sup> pelas estruturas do sistema. A norma será válida quando for imunizada, sob um ponto de vista condicional e finalístico, por outra norma: a norma imunizante, através de seu conteúdo, impede a desconfirmação do cometimento da norma imunizada, conferindo – dentro de certos limites – uma competência/baliza formal e material para a expressão de signos e comunicações<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> KELSEN, op. cit., p. 161-165.

<sup>56</sup> A norma fundamental – pressuposta – pode ser vislumbrada como uma estrutura hierárquica que expõe a existência de normas superiores e inferiores, ao mesmo tempo que serve de quesito/instrumento unificador das demais normas integrantes do ordenamento jurídico (BOBBIO, op. cit., p. 49).

<sup>57</sup> Eventual desconfirmação promovida pelo sujeito em relação ao signo comunicado pela autoridade deve ser por esta ignorada e reputada como mera negação, posto que aceitá-la como desconfirmação aniquilaria a legitimidade da autoridade comunicante; cf. FERRAZ JR., op. cit., p. 193.

<sup>58</sup> Esta relação de imunização – da comunicação da autoridade em face de eventual desconfirmação do sujeito – implica no reconhecimento da existência de uma fundamentação jurídica da autoridade, visto que não há autoridade intrínseca.

<sup>59</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 192-196.

A validade é uma grandeza que indica conformidade ao conjunto/contexto (caracterizado, neste ponto, como o ordenamento) jurídico. Em sentido diverso, a invalidade é a situação contrária a esta conformidade – de desconformidade, portanto – ao ordenamento, que pode se dar por critérios sintáticos, semânticos ou pragmáticos.

Parte das questões relacionadas à invalidação da norma constitucional e seus efeitos decorre da compreensão de que pertinência e validade são conceitos distintos<sup>60</sup>. O ordenamento jurídico é uma espécie sistema normativo dinâmico<sup>61</sup> que tolera – conquanto, amiúde, de forma momentânea – a incorporação de normas irregulares até que a autoridade competente adote a conduta de extirpá-las do ordenamento<sup>62</sup>. Desta feita, malgrado a norma seja pertinente<sup>63</sup> ao ordenamento pode ser inválida em relação às estruturas deste; daí surge a dificuldade de individualizar o evento que declara/constitui essa nulidade e também o momento em que a produção de efeitos deve se dar: de maneira retroativa ou meramente prospectiva.

A invalidade pode ser percebida em graus distintos<sup>64</sup> – tradicionalmente, em tipos ideais, como absoluta e relativa (anulabilidade). A nulidade absoluta é aquela que surge quando a gravidade da deficiência (confronto às estruturas de admissão ao sistema) acarreta a impossibilidade de convalidação da norma jurídica e há retroatividade (eficácia *ex tunc*) da sua decretação de invalidade/desconformidade ao sistema. Há anulabilidade quando a gravidade é de menor grau e, portanto, permite-se a convalidação e o ato de extirpação acarreta efeitos prospectivos (*ex nunc*)<sup>65</sup>. Não obstante estas previsões iniciais, existem situações que intermedeiam estes polos e conferem um grau maior de complexidade à invalidade normativa.

---

<sup>60</sup> Em sentido contrário, Yuri Silva entende que validade é um conceito que alberga dois fatores: pertinência e existência; para o autor, somente a norma jurídica válida pertence ao sistema e somente a norma jurídica válida existe. Cf. SILVA, Yuri de Oliveira Dantas. **Anulação e controle das normas jurídicas**: uma análise a partir da ação direta de inconstitucionalidade. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2017, p. 104-108.

<sup>61</sup> Em um sistema dinâmico as normas jurídicas que o compõem são derivadas (e também delas derivam) de outras normas jurídicas, mediante constantes e sucessivas relações sintáticas entre os elementos sistêmicos; da mesma maneira, a autoridade comunicante obtém sua legitimidade através de outra autoridade, numa relação também sucessiva (que não necessariamente dependerá do conteúdo ou da finalidade normativamente estipulada/cometida), até que se alcance a autoridade máxima – que não tem qualquer outra sobre si (BOBBIO, op. cit., p. 71-72).

<sup>62</sup> NEVES, 1988, op. cit., p. 40-41.

<sup>63</sup> Abordando esta distinção entre pertinência e validade da norma em relação ao ordenamento jurídico, Marcelo Neves expõe que, pelo viés interno, uma certa norma pertence ao ordenamento: a) quando a enunciação surge de uma autoridade constituída pelo núcleo normativo originário, que a manifesta por uma conduta formal (esta pertinência durará enquanto não houver destituição por invalidade ou revogação da indigitada norma); b) quando resultar de fato costumeiro, desde que legitimado – direta ou indiretamente – pelo núcleo normativo originário; cf. NEVES, 1998, op. cit., p. 43.

<sup>64</sup> Uma norma jurídica não admite graus de validade: ou é válida ou não o é – ela não pode ser mais ou menos válida; entretanto, a invalidade pode ser analisada por quesitos gradativos. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 105-108.

<sup>65</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. 4. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 30-49.

Ao tratar sobre o estatuto inconstitucional, Kelsen<sup>66</sup> critica a expressão costumeira “lei inconstitucional” e também a que ela seria um ato jurídico nulo. O estatuto inválido simplesmente não seria sequer um estatuto; uma norma “não-válida” é uma norma não existente (uma “não-entidade”) – e, assim, não haveria motivo para dizer que uma lei é inconstitucional. Para o autor, este tipo de disposição serve para indicar que o estatuto pode ser submetido à anulação por razões que não as comuns: em regra, um estatuto é anulado pela inserção de outro, no sentido que a lei posterior revoga a anterior; entretanto, pode a Constituição dispor um procedimento especial para esta anulação – assim, as “lei inconstitucionais” estariam em certo grau de conformidade à Constituição<sup>67</sup> e, portanto, seriam (momentaneamente) válidas, conquanto anuláveis.

Com estas manifestações, Kelsen pretende argumentar acerca da necessidade que a norma jurídica permaneça no ordenamento enquanto não for anulada por uma autoridade competente. Há, assim, uma confusão entre as definições de pertinência<sup>68</sup> e validade, aliada a uma visão de enfraquecimento normativo da Constituição, com a qual não se concorda neste trabalho. É preciso compreender, de modo distinto, que o sistema jurídico tem a capacidade perceber eventuais desconformidades/incompatibilidades entre os objetos e os parâmetros constitucionais. Assim, a Constituição serve como fundamento imediato de validade dos atos legislativos e, mesmo que não ocorra a expulsão imediata do ato normativo, será instrumento e estrutura capaz de avaliar a pertinência deste ao ordenamento (e também a sua validade, quando contrastada com os elementos constitucionais do sistema)<sup>69</sup>.

Neste sentido, a conduta/norma objeto de avaliação de (in)constitucionalidade, será pertencente ao ordenamento quando enunciado através das autoridades imunizadas (legitimadas pelo sistema jurídico); não obstante, sua validade será verificada em contraste com os parâmetros constitucionais normativos. A inconstitucionalidade – e, portanto, invalidade<sup>70</sup> – advirá de um resultado negativo deste contraste; é necessário, então, compreender os efeitos

---

<sup>66</sup> Cf. KELSEN, op. cit., p. 224-226.

<sup>67</sup> Neste sentido, Kelsen indica que “o legislador está autorizado ou a aplicar as normas estabelecidas diretamente pela constituição ou a aplicar outras normas que ele próprio venha a determinar. Do contrário, um estatuto cuja criação ou conteúdo não se conformasse às prescrições estabelecidas diretamente pela constituição não poderia ser considerado válido” (KELSEN, op. cit., p. 226).

<sup>68</sup> A norma é pertinente porque o enunciado que lhe suporta textualmente pode retrotrair ao núcleo normativo originário, uma vez que surgida de enunciação dos órgãos básicos de produção normativa. Pertence porque foi uma autoridade prevista na Constituição que lhe construiu o suporte físico; em sentido similar, confira: NEVES, 1988, op. cit., p. 80.

<sup>69</sup> Em sentido similar, confira: NEVES, 1988, op. cit., p. 76.

<sup>70</sup> A inconstitucionalidade macula imediatamente o plano da validade da norma jurídica, entretanto, após reconhecida, ela se projeta sobre a eficácia da conduta/norma submetida ao contraste em relação ao parâmetro constitucional; desta sorte, o objeto inconstitucional não pode acarretar a construção/aplicação de normas jurídicas. Cf. BARROSO, op. cit., p. 36.

acarretados pela percepção de desconformidade do objeto ao parâmetro constitucional: isto é, se é caso de nulidade ou anulabilidade e, também, as repercussões no que atine ao critério de produção temporal de efeitos.

Nos sistemas de controle de constitucionalidade baseados no modelo americano difuso, a inconstitucionalidade tende a ser vista como um caso de nulidade absoluta; neste sentido, compreende-se que o ato normativo já surge inconstitucional e, destarte, não admite convalidação impondo, em regra, eficácia *ex tunc* aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em contrapartida, no modelo austríaco de controle concentrado, a decretação de inconstitucionalidade tem uma proximidade ao conceito de anulabilidade (malgrado seja decretado com eficácia *erga omnes*) e os efeitos são produzidos prospectivamente, de modo que a decisão que aponta esta inconstitucionalidade tem natureza constitutiva (negativa), posto que anula a norma – e não simplesmente decreta uma incompatibilidade jurídica previamente existente<sup>71</sup>.

Conquanto haja esta proximidade dos modelos difusos e concentrados com a nulidade e anulabilidade, respectivamente, é preciso ter em mente que o Brasil adotou concomitantemente as duas possibilidades, de forma que é imprescindível verificar este quesito tendo por base o controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

Adota-se neste trabalho a compreensão de que o “ato inconstitucional é nulo de pleno direito”<sup>72</sup> e, assim, não deve produzir efeitos, sob pena de se permitir violações às normas constitucionais<sup>73</sup>: aplicar uma norma inconstitucional equivale a deixar de aplicar a Constituição. É preciso assentar que a invalidade – e, assim, a respectiva aptidão (ou falta dela) de se convalidar – de um determinado enunciado normativo ou norma jurídica atua num plano bem distinto daquele guardado à eficácia e/ou produção material/temporal de efeitos jurídicos, econômicos e sociais destes elementos do sistema/ordenamento. A distinção que ocorre entre

---

<sup>71</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 115-124.

<sup>72</sup> BARROSO, op. cit., p. 37.

<sup>73</sup> Já nos papeis federalistas se defendia que nenhum ato, mesmo legislativo, poderia ser contrário à Constituição, posto que isto invariavelmente acarretaria a invalidade neles: “every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act therefore contrary to the constitution can be valid. To deny this would be to affirm that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid” (HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, 2010, p. 403). Em tradução livre: “qualquer ato de uma autoridade delegada, contrário ao teor da comissão sob a qual é exercida, será nulo. Nenhum ato legislativo, portanto, contrário à Constituição, pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o exercente do poder é maior que seu titular; que o servo está acima de seu senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que homens agindo em virtude de poderes podem fazer não apenas o que seus poderes não autorizam, mas o que eles proíbem”.

as duas espécies de invalidade (relativa e absoluta) é sobre a (in)capacidade de haver convalidação delas: se não houver essa possibilidade, estar-se-á diante de nulidade absoluta, de maneira que o momento de produção de efeitos é questão meramente incidental, cuja percepção não integra os critérios construtivos da definição conotativa do conceito “invalidade absoluta”.

Bem assim, a inconstitucionalidade é um vício cujo reconhecimento não pode ser sanado por mera convalidação; ainda que em situações excepcionais a produção de efeitos não retroaja à enunciação, isto não implica na convalidação (nem mesmo temporária) do objeto do controle de constitucionalidade, pois há relevante distinção entre os planos de validade e eficácia. Reitera-se, o que determina que um elemento do sistema é absoluta ou relativamente nulo é possibilidade deste elemento ser tornado válido a partir de uma outra comunicação de autoridade legitimada. O momento de produção de efeitos da manifestação que expurga o enunciado normativo e/ou reconhece a invalidade de norma jurídica não atua de modo relevante sobre esta classificação.

Seguindo esta concepção, aponta-se o caráter declaratório, e não constitutivo da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, uma vez que esta apenas atesta uma situação de incompatibilidade já existente no ordenamento e o sistema jurídico não comportaria esta contradição/contrariedade<sup>74</sup>. O objeto já surge incompatível com o sistema e sem aceitar convalidação (trocando o seu código de ilícito para lícito); a decisão judicial que versa sobre a inconstitucionalidade dele atua apenas atestando um fato já existente.

Malgrado haja esta regra de que o reconhecimento da inconstitucionalidade acarreta a nulidade absoluta e, portanto, a produção de efeitos de modo retroativa, há temperamentos (exceções) a este conteúdo prescritivo. Ou seja, existem casos em que se reconhece a inconstitucionalidade de certo ato normativo, entretanto, não se lhe aplicam os efeitos retroativos da decretação de invalidade; de situações como esta é que se tratará o próximo subitem.

### 3.3.1 Modulação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade

Exceção à regra da retroatividade dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um objeto, a modulação dos efeitos temporais é situação em que a produção de efeitos terá por marco inicial momento posterior àquele da enunciação do ato. Esta

---

<sup>74</sup> Não obstante este entendimento doutrinário, há previsão normativa de algumas situações em que, a despeito da inconstitucionalidade, o ato/norma jurídica produzirá efeitos que serão sufragados quando da declaração de inconstitucionalidade; neste sentido, perceba-se as normas que podem ser (re)construídas a partir do enunciado do art. 27, da Lei Federal nº 9.868/99.

interferência na eficácia da comunicação sistêmica tem por fundamento a contingência de que, eventualmente, a produção de efeitos *ex tunc* acarrete mais consequências indesejadas – sob diversos vieses, sejam jurídicos, políticos, sociais, econômicos etc. – do que seriam produzidas no caso de aplicação retroativa do comando determinado em acórdão judicial que ateste a inconstitucionalidade de determinado objeto.

Por diversas situações, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a modulação dos efeitos temporais em demandas que versavam sobre controle de constitucionalidade, mesmo antes de previsão textual expressa nesse sentido<sup>75</sup>. Na busca de regulamentar esta situação – ao menos no controle concentrado –, aprovou-se a Lei Federal nº 9.868/99 que, em seu artigo 27<sup>76</sup>, tratou expressamente da modulação de efeitos temporais em decisões tomadas em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e em Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Por sua vez, o art. 11, da Lei Federal nº 9.882/99<sup>77</sup>, estendeu esta possibilidade à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Neste sentido, há positivação deste instituto para as ações de controle concentrado. Por outro lado, inexistente previsão legal direta que proponha mesma significação para os procedimentos adotados em controle difuso de constitucionalidade. A despeito da inexistência de suporte textual dirigido imediatamente ao controle difuso, compreensão pretoriana<sup>78</sup> é que a técnica também pode ser manejada neste tipo de demanda, mesmo que a inconstitucionalidade seja mera questão prejudicial na ação. De forma análoga ao que se tratou acerca da eficácia temporal da decisão de *overruling*, nos casos de inconstitucionalidade, é possível que a modulação temporal de efeitos exclua (ou inclua) o próprio processo no qual ela é decidida da resolução adotada<sup>79</sup>. Isto é, também se aplicam as técnicas decisórias de superação prospectiva<sup>80</sup> aos casos de inconstitucionalidade.

---

<sup>75</sup> Veja-se, por exemplo, o caso julgado mediante o Recurso Extraordinário de nº 122.202-MG, antes mesmo da publicação da Lei Federal nº 9.868/99.

<sup>76</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>77</sup> Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>78</sup> Como exemplo, cita-se a decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 266.994/SP, em que se reconheceu a inconstitucionalidade e, assim, invalidade de lei municipal que aumentou o número de vereadores na Câmara Municipal e, não obstante, impediu que a determinação retroagisse, conferindo efeitos meramente *pro futuro* ao entendimento do STF.

<sup>79</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1.055.

<sup>80</sup> Tratadas em item anterior do trabalho.

O instituto precisa ser visto sob a perspectiva da invalidade do ato normativo ou norma inconstitucional. Se uma determinada norma é inconstitucional, significa que ela é nula, por desrespeitar estruturas de validade do sistema jurídico; conseqüentemente, não deveria a norma inválida ter produzido efeitos: compreendida a eficácia como a aptidão de um evento constituir relações jurídicas, se não houver norma válida para suportar a criação destas relações (pois a inconstitucionalidade é algo que existe desde a enunciação do dispositivo que dá suporte textual à norma), deve-se entender também prejudicado o plano da eficácia. Todavia, se esta correspondência entre invalidade e ineficácia fosse seguida sem exceções, poderiam surgir outros prejuízos jurídicos, sociais e econômicos, especialmente em função do paradigma da presunção de validade/legitimidade/constitucionalidade dos atos normativos<sup>81</sup>.

A modulação dos efeitos temporais, surge como a percepção sistêmica que, a despeito da invalidade de enunciado normativo e/ou norma jurídica, é preciso – com o intuito de promover a concretização de outras normas (v.g. segurança jurídica) – dotar de eficácia certos eventos sociais fundamentados no antecedente fático ostentado pela (re)construção normativa destes dispositivos<sup>82</sup>. Isto é, vetores jurídicos influenciam o plano da (in)eficácia da norma inconstitucional, de maneira que há uma presunção de derrogação retrospectiva de efeitos, porém – em situações excepcionais e fundamentadas no próprio sistema – é viável que a afetação dos efeitos da inconstitucionalidade ocorra em momentos distintos no que tange aos planos da validade e eficácia.

É preciso asseverar que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade deve ter uma congruência entre a justificação da declaração de incompatibilidade jurídica e o resultado determinado. Caso se aplicasse, sem exceções, os efeitos *ex tunc* neste reconhecimento de nulidade, a própria coesão jurídica poderia ser afetada, como exemplo disso Lenio Streck<sup>83</sup> trata de situação hipotética em que uma determinada lei prevê prestações a um certo grupo social, porém – ao arrepio do âmbito de incidência do direito à igualdade – não considera o mesmo benefício a grupo análogo; a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retrospectivos implicaria na conclusão que ninguém mais destes grupos seria titular da prestação, algo que contrariaria o próprio pedido de extensão dos benefícios em razão de omissão parcial.

---

<sup>81</sup> Abordando este ponto, tanto sob a perspectiva da aceitação internacional quanto da não eliminação direta e imediata do ato normativo do ordenamento jurídico, confira: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 481-484.

<sup>82</sup> Em sentido similar, Abboud trata que se deixou de observar a inconstitucionalidade simplesmente por um plano dicotômico de nulidade/anulabilidade, e passou-se a verificar a sentença constitucional como um elo entre a invalidez e a eficácia normativa. Cf. ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 262-263.

<sup>83</sup> STRECK, op. cit., p. 451.

A partir destas afirmações vê-se que o precedente acerca da inconstitucionalidade tem, na sua *ratio decidendi*, não apenas o reconhecimento de nulidade de um objeto, porém também as consequências desta invalidade, da qual – neste item – se exalta os efeitos temporais. Ou seja, a determinação de sentido de *holding* que aborde a inconstitucionalidade de ato normativo implica na necessária observância de uma correlação entre dois fatores: a) o ato de declarar a nulidade; e, b) os efeitos que decorrerão desta nulidade sobre os eventos potencialmente integradores de antecedentes fáticos de normas jurídicas. Bem assim, havendo a modulação de efeitos temporais em decisão judicial, a vinculação que ela promove – tanto vertical quanto horizontal – da jurisdição impõe, muito mais que a simples observância da invalidade reconhecida em juízo, também o dever de acompanhar as interferências (ou manutenções precárias) no que concerne à eficácia de eventos/conduas fundamentadas naquele elemento do sistema jurídico: se a *ratio decidendi* impuser, por exemplo, modulação temporal prospectiva, não pode o magistrado, ao aplicar a norma reconstruída a partir do precedente, realizar a cisão desta e decidir apenas pela nulidade com efeitos *ex tunc*, posto que isto equivale ao descumprimento dos deveres de integridade e coerência.

Tendo por referência este panorama, é preciso ressaltar que a previsão normativa que viabiliza a modulação dos efeitos temporais não modifica a compreensão da inconstitucionalidade como uma hipótese de nulidade<sup>84</sup>. Isto é, a produção temporalmente protraída de efeitos (ainda que submetida a termo ou condição) não confere caráter de anulabilidade ao fenômeno da inconstitucionalidade de uma norma ou enunciado normativo. A modulação de efeitos temporais numa decisão de reconhecimento de inconstitucionalidade enuncia novos fatores no ordenamento e/ou sistema jurídico que versam precisamente sobre a eficácia.

A parte da decisão que versa sobre modulação de efeitos temporais impõe situação de ineficácia técnico-sintática positiva aos efeitos comuns da declaração de inconstitucionalidade. Vale dizer, num primeiro momento o Judiciário reconhece a nulidade do objeto e, logo em seguida, submete condicionante temporal à produção de efeitos da decisão judicial. Esta condicionante será até mesmo um dos elementos da *ratio decidendi* do julgado, posto que vincula a certo evento a construção efetiva do antecedente fático de uma norma jurídica. Ou seja, a hipótese fática de uso prospectivo da norma jurídica (re)construída pela decisão judicial

---

<sup>84</sup> Conforme restara assentado no tópico anterior, o “momento da produção de efeitos da inconstitucionalidade” não é um dos critérios que compõe a definição conotativa do conceito “nulidade absoluta”, visto que a maior relevância para este signo está na compreensão sistêmica acerca da (im)possibilidade de convalidação do elemento codificado como ilícito pelo ordenamento e/ou sistema jurídico.

será composta pelo elemento de invalidade absoluta (que é o próprio reconhecimento da inconstitucionalidade) e também pela condicionante de eficácia (que é a determinação jurisdicional que a ilicitude dos objetos só poderá ser sistemicamente percebida após a implementação do evento exposto). Bem assim, conquanto o objeto tenha a sua invalidade reconhecida, a construção de uma segunda parte de norma jurídica impede a produção retroativa integral de efeitos, sem que isto afete a natureza de nulidade absoluta da incompatibilidade decorrente da inconstitucionalidade.

É importante ressaltar, ademais, que a modulação dos efeitos não se confunde com a denominada inconstitucionalidade superveniente; da qual se tratará no subitem seguinte.

### 3.3.2 Inconstitucionalidade superveniente

De maneira direta, a inconstitucionalidade superveniente pode ser compreendida como a hipótese em que um determinado objeto é enunciado de maneira válida, entretanto, por conta de alteração posterior em parâmetro, ele deixa de ser compatível com a Constituição, em razão do novel regramento constitucional. Isto é, quando fora emitido, o objeto se adequava aos preceitos do ordenamento jurídico-constitucional; porém, em momento de posterior (superveniente) construção e norma constitucional, tornou-se inadequado.

O Supremo Tribunal Federal<sup>85</sup> esboça entendimento no sentido de que não há falar em inconstitucionalidade superveniente quando o advento de novo parâmetro constitucional torna incompatível condutas/normas jurídicas anteriores em face de novel previsão constitucional. Prevalece na Corte que o as normas infraconstitucionais anteriores não são recepcionadas pelo novo parâmetro constitucional, ocorrendo uma espécie de revogação<sup>86</sup>.

Em sentido distinto, Jonathan Vita defende que, mesmo no caso de inconstitucionalidade superveniente, haverá invalidação – de uma norma ou ato normativo –, e não será caso de revogação; o autor ressalva, contudo, que – em razão de compreensão jurisprudencial – o Supremo Tribunal Federal somente julga demandas concentradas de

---

<sup>85</sup> Esta compreensão ficou assentada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que: “O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária”.

<sup>86</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77 et seq.

controle de constitucionalidade quando o objeto for enunciado em momento posterior ao parâmetro constitucional<sup>87</sup>.

Enquanto na modulação de efeitos temporais a nulidade é congênita e apenas a eficácia do reconhecimento é diferida, na chamada inconstitucionalidade superveniente, o ato normativo surge válido e, então, é revogado por um outro ato posterior (a modificação de parâmetro da Constituição). Em ambos os casos há uma desconformidade entre objeto e norma constitucional e também não se impõem efeitos *ex tunc* (desde o surgimento do ato), entretanto, a fundamentação para estas repercussões é distinta.

Se houvesse nulidade nata no caso de inconstitucionalidade superveniente, todas as relações jurídicas surgidas com fundamento na norma poderiam ser desconstituídas, ainda que o objeto estivesse, na época, em conformidade à Constituição. Não é correto esperar que a autoridade comunicante tenha a obrigação de prever futuro para saber se não afrontará preceito constitucional do porvir. Neste sentido, quando há incidência de determinada regra jurídica e, então, ela deixa de operar em “virtude de expedição de uma nova norma, o fenômeno jurídico que temos é o da revogação, pouco importando que a norma nova seja de categoria igual ou superior à da norma anterior”<sup>88</sup>. Esta situação é mais um caso em que a formação do precedente, mesmo que reconheça a incompatibilidade de algo com a Constituição, não implicará na decretação de nulidade *ab initio*.

Firmadas as premissas de como a invalidade da norma inconstitucional deve ser apreendida, especialmente em suas relações com a eficácia, é necessário iniciar o exame de como o fenômeno da inconstitucionalidade pode afetar a construção de sentidos jurídicos e, bem assim, a sua aptidão para atingir enunciados e normas.

#### 3.4 DETERMINAÇÕES DE SIGNIFICADO NO RECONHECIMENTO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

No que concerne ao controle jurisdicional de constitucionalidade, comumente são quatro as maneiras de declaração de inconstitucionalidade: a) por vício formal e, portanto, com extirpação do enunciado normativo que comunicava o suporte textual de normas jurídicas; b)

---

<sup>87</sup> Cf. VITA, op. cit., p. 144.

<sup>88</sup> STRECK, op. cit., p. 458.

por vício material, com redução ou anulação de texto – seja integral ou parcial; c) declaração parcial de nulidade sem redução de texto; e, d) interpretação conforme a Constituição<sup>89-90</sup>.

Desde logo, é importante frisar que todo juiz ou tribunal pode se utilizar – sendo o caso – de qualquer destas técnicas decisórias, isto é, não se trata de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal: pensar o contrário seria assumir que os magistrados – não integrantes do Pretório Excelso – “estivessem obrigados a declarar inconstitucionais dispositivos que pudessem, no mínimo em parte, ser salvaguardados no sistema”<sup>91</sup>.

Este tópico do trabalho se ocupará de elucidar no que consistem estes tipos de decisões e como elas afetam – seja de maneira efetiva ou potencial – o enunciado normativo e a (re)construção legítima de normas surgidas da interpretação deles (ou de um conjunto deles). Para este propósito serão utilizadas certas compreensões acerca do percurso gerador de sentido e as estruturas sógnicas do sistema jurídico, nos termos expressados por Paulo de Barros Carvalho. Já se expusera que este trabalho parte de uma distinção entre norma e enunciado normativo<sup>92</sup>, entretanto, é preciso compreender o caminho a ser trilhado para que os significantes – como dados brutos de comunicação – sejam compreendidos como significações e, por fim, filtrados como significado dentro de um sistema jurídico organizado.

Inicialmente, apreende-se o conjunto de enunciados, observados no plano de signos expressados mundanamente, servindo de suporte físico/textual (S1); em seguida, (re)construem-se os conjuntos de conteúdos de significação, em forma prescritiva, destes enunciados (S2); então, realiza-se a articulação deste conjunto de proposições, de maneira

---

<sup>89</sup> Cf. VITA, op. cit., p. 144.

<sup>90</sup> Além destes casos, José Sampaio também aborda a situação das sentenças aditivas ou modificativas de sentido, que seriam decisões, tomadas no exercício da jurisdição constitucional, que perceberiam a inconstitucionalidade de certo dispositivo, em razão deste ter deixado de conferir vantagens/regramentos a sujeitos, fatos ou objetos similares; assim – desde que o tratamento omitido pudesse ser imposto em razão de estruturas lógicas do sistema legislativo e constitucional –, seria legítimo que o Tribunal conferisse a adição/modificação do âmbito de incidência para adequar a pretensão legislativa aos ditames lógicos do sistema jurídico, albergando as questões indevidamente omitidas (SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 213-215). Não se concorda com esta posição doutrinária porque, no caminho seguido pela outorga de sentido aos enunciados normativos, é preciso – antes da conformação integral do sistema jurídico – a construção de normas jurídicas com significados não unicamente decorrentes de um suporte textual, porém da conjugação de todos os enunciados correlatos necessários; nesta compreensão, em vez de entender que a “sentença aditiva/modificativa” inclui parâmetros de reconhecimento regulatório, percebe-se que a decisão judicial determinará a ilicitude de interpretação que exclua determinadas classes da abrangência normativa, de modo que este posicionamento do Tribunal será compreendido como uma interpretação conforme a Constituição ou declaração de nulidade parcial sem redução de texto, a depender da quantidade de significados normativos legítimos que restarem.

<sup>91</sup> STRECK, op. cit., p. 257.

<sup>92</sup> Ambos são, de fato, manifestações revestidas de caráter conativo e/ou diretivo. Contudo, ainda que os enunciados expressem sentenças plenas de sentido, não encerram uma unidade completa de significação deontica, porquanto estancam na expectativa de serem acolhadas/contrastadas a outras unidades do mesmo jaez; neste sentido, confira: CARVALHO, op. cit., p. 192-193.

sintaticamente estruturada, na forma de hipóteses condicionais (S3); por fim, estabelecem-se os vínculos de coordenação e subordinação no rearranjo das normas com as demais estruturas e elementos dos sistema jurídico (S4). Desta forma, o Direito segue estes quatro planos para sua compreensão: a) formulação literal de suas significações (primárias) enquanto enunciados textuais; b) as significações destes enunciados, na forma de normas jurídicas – como unidades de sentido; c) o agrupamento destas normas jurídicas (unidades) com as consequentes implicações; e, d) a exposição dos vínculos de coordenação e subordinação que há entre as normas dentro de um sistema jurídico funcionalmente diferenciado de seu ambiente<sup>93</sup>.

As quatro formas de inconstitucionalidade serão avaliadas, então, a partir desta perspectiva de construção de sentido, para se compreender em qual ponto elas afetam a interpretação do Direito. A análise será dividida entre aquelas que fulminam diretamente o enunciado normativo e entre aquelas que, apesar de mantê-lo incólume, afetam o modo e/ou possibilidade de serem (re)construídas normas a partir de um determinado suporte físico.

#### 3.4.1 Inconstitucionalidade do enunciado normativo

Nos casos “a” e “b” acima referidos, há direta incidência da inconstitucionalidade sobre o enunciado normativo, de maneira que – sem a existência de um suporte textual – fica obstada a (re)construção de normas jurídicas a partir destes pressupostos positivados.

Em relação à inconstitucionalidade formal – quando a enunciação é positivada em desrespeito aos ditames procedimentais/competenciais que balizam a produção do veículo introdutor –, a inadequação procedimental veda que qualquer termo viciado possa ser dotado de validade enunciativa. Neste sentido, o S1 é atingido, posto que haverá expurgação do ordenamento daqueles provimentos textuais elaborados e inseridos ao arrepio do devido processo.

Por sua vez, o caso da inconstitucionalidade material pura – com redução de texto – é distinto; há uma contingência de possibilidades acerca da declaração de incompatibilidade. Visto que o procedimento foi respeitado, há uma presunção de pertencimento daquela positivação ao ordenamento, assim, pode acontecer de somente parte do texto estar em desconformidade às normas constitucionais. Vale dizer, pelo menos duas situações diferentes – com repercussões distintas – precisam ser avaliadas: a) redução total de texto; ou, b) redução parcial de texto.

---

<sup>93</sup> Ibid., p. 194-197.

No caso da redução total de texto, tem-se situação em que há o desaparecimento de todo o enunciado normativo e, assim, interferência diretamente no plano do S1, afetando também as normas que seriam (re)construídas a partir dali. Vale dizer, se a redação integral de um artigo for considerada materialmente inconstitucional, não será possível construção de qualquer significado legítimo a partir dele: somente de forma indireta se pode pensar em atingimento do S2<sup>94</sup>.

Entretanto, a questão é diferente caso se depare com decisão que determina redução apenas parcial do texto do dispositivo. Nestes casos, há uma afetação direta do S1, S2 e também do S3, pois a nova conformação de redação do enunciado implica mudanças na estrutura sintática dele, que serão sentidas num plano semântico e também no momento de arranjar as significações em comparação com o contexto que lhes envolve: o ordenamento jurídico. Isto é, com a diminuição dos signos mediante provimentos jurisdicional, o magistrado modifica os sentidos possíveis de reconstrução normativa e impõe o uso de estruturas sintáticas diferentes.

Com esta exposição, se nota que, mesmo nos casos que há redução de texto, a implicação na construção de sentidos normativos se dá em planos distintos a depender de como a inconstitucionalidade é reconhecida. Não obstante, em qualquer destes três casos, o plano S1 é afetado; este fato não se repete nas hipóteses “c” e “d”: os tipos de reconhecimento de inconstitucionalidade (e também técnicas decisórias) a seguir avaliados são situações que não agriem diretamente o texto enunciado.

### 3.4.2 Inconstitucionalidade de (re)construções normativas

Existem dois preceitos que ostentam forte função pragmática que são tradicionalmente abordados quando da análise da inconstitucionalidade de atos normativos: a) presunção de validade dos atos normativos; e, b) deve-se estabelecer interpretação que confira ao ato normativo compatibilidade com a Constituição. Estas diretrizes são essenciais para a superação da “dubiedade ou certeza da inconstitucionalidade, hipótese da primeira regra, e a existência ou não de interpretação que compatibilize a lei com a Constituição, hipótese da segunda regra”<sup>95</sup>. É no âmbito do item “b” que surgem as técnicas decisórias que serão examinadas neste tópico do trabalho.

---

<sup>94</sup> Em sentido distinto, Jonathan Vita entende que, nestes casos: “há uma redução no campo do S1, mas com reflexos diretos nos enunciados produzidos, sendo o campo mais afetado nestas declarações com redução de texto o subsistema S2, relacionando-se aos enunciados enunciados” (VITA, op. cit., p. 144). Discorda-se deste pensamento porque se compreende que a redução total de texto dos enunciados veda a construção de significações prescritivas iniciais deles, de maneira que, apenas por não haver mais suporte enunciado é que o S2 será – indiretamente, portanto – afetado.

<sup>95</sup> NEVES, 1988, op. cit., p. 148.

Nas hipóteses de interpretação conforme ou de inconstitucionalidade sem redução de texto, o problema de compatibilidade jurídica é interpretativo, e não textual<sup>96</sup>. Reduzem-se as possibilidades de (re)construção de normas a partir de enunciados positivados. O que diferencia as duas formas é que, na interpretação conforme a Constituição, a redução do campo de irradiação semântica das significações acarreta a legitimação de apenas uma proposição jurídica possível/lícita. Por sua vez, na declaração de nulidade parcial sem redução de texto, diminuem-se uma ou mais proposições interpretativas (possibilidades de [re]construção de normas jurídicas), restando – ainda – uma pluralidade de sentidos possíveis<sup>97</sup>.

Na interpretação conforme a Constituição decide que somente há uma forma de (re)construir normas jurídicas compatíveis com os parâmetros constitucionais<sup>98</sup>, enquanto na declaração parcial de nulidade sem redução de texto apreende-se que uma (ou mais) interpretação/outorga de sentido ao enunciado normativo contrasta com a Constituição, entretanto, ainda resta uma multiplicidade de significado possíveis e legítimos. Neste sentido, em ambos os casos, tem-se concomitantemente o reconhecimento da constitucionalidade do suporte textual e a percepção de inconstitucionalidade de uma ou algumas formas de interpretação do dispositivo normativo.

Nesta toada, a manutenção da incolumidade do suporte textual é indicativa de que não há afetação do S1. O S2 também não sofre com a prolação destas técnicas decisórias, posto que a estrutura sintática do enunciado continua inalterada. Entretanto, a questão muda quando se observam os planos S3 e S4.

Na interpretação conforme, permite-se a construção de apenas uma proposição hipotético-condicional; desta forma, o plano S3 tem o próprio âmbito restringido, sofrendo afetação direta. Ademais, ante esta diminuição, a compreensão da norma dentro do sistema jurídico (S4, portanto) também é atingida, ainda que de maneira indireta. Em relação à declaração de nulidade sem redução de texto, há também redução de proposições jurídicas, afetando o S3 (ainda que em menor monta que na interpretação conforme), entretanto, a maior

---

<sup>96</sup> Em sentido similar, Celso Bastos indica que ambos os casos são técnicas de “salvamento da lei ou ato normativo”, utilizadas com o escopo de conferir unidade ao sistema jurídico, pela adoção de significados compatíveis com o direcionamento jurídico-constitucional do ordenamento (Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 165-166).

<sup>97</sup> Cf. VITA, op. cit., p. 145-146. O autor ainda propõe que, numa verificação em que “n” aponta para a quantidade de significações possíveis e “x” explicita o número de significações reduzidas pelo manejo destas técnicas decisórias, ter-se-á: a) quando  $n-x=1$ , será caso de interpretação conforme a Constituição; ou, b) quando  $n-x>1$ , será caso de declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

<sup>98</sup> Em sentido semelhante, Rodrigo Brandão defende que, na interpretação conforme à Constituição, o “Judiciário exclui determinadas possibilidades de interpretação da norma, pois elas, embora compatíveis com o seu texto, contrariam a Constituição” (BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 44, p. 189-220, jan./jul., 2014, p. 197).

repercussão neste caso é no S4, pela maneira como envolve (e se envolve) nas estruturas de coordenação e subordinação do sistema jurídico.

Diante destas técnicas, que também detêm aptidão de vincular a jurisdição através de *ratione decidendi*, percebe-se que mesmo mantendo-se a integralidade de um dispositivo, é possível que juízes sejam compelidos a reconhecer a inconstitucionalidade de normas que seriam deli reconstruídas e, neste diapasão, o precedente seja formado no plano estritamente semântico, com redução de significações legítimas. O próximo extrato do estudo se encarrega da análise das formas como a inconstitucionalidade pode ser enunciada no *holding*.

### 3.5 EXPRESSÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE COMO *RATIO DECIDENDI*

A *ratio decidendi* de um precedente é composta pela integralidade das normas jurídicas que podem ser (re)construídas a partir da enunciação linguístico-textual comunicada pela decisão judicial. O texto utilizado no provimento judicial é relevante, porém não é único fator condicionante do *holding* processual: o magistrado futuro não se vincula apenas ao texto, porém aos fatores normativos cujo significado é outorgado a partir da conjunção dos enunciados comunicados pelas autoridades legítimas – entre elas, a prolatora do precedente.

Tendo em vista que a *ratio decidendi* é composta por esta gama de elementos<sup>99</sup>, é preciso assentar como deve ser sua compreensão quando a inconstitucionalidade se fizer presente na formação desta estrutura vinculante. Os tópicos anteriores do trabalho mostraram as maneiras pelas quais a inconstitucionalidade se expressa e também modos como o controle de constitucionalidade age para resolver estes problemas de validade e/ou eficácia; desta feita, há uma grande variedade de formas que influenciam o precedente através do reconhecimento de uma inconstitucionalidade, visto que certas situações demandam tratamento distinto de outras. O presente extrato do trabalho demonstrará as maneiras pelas quais a inconstitucionalidade pode ser manifestada na decisões judiciais que formam precedentes, isto é, os tipos de comandos/relações que podem ser implicadas nos provimentos vinculantes; por seu turno, as repercussões destas comunicações, especialmente as nuances processuais, serão abordadas no capítulo seguinte da dissertação.

A primeira abordagem deste assunto no tópico será acerca do reconhecimento da inconstitucionalidade que acarreta interferência no próprio enunciado normativo. Esta

---

<sup>99</sup> Sejam estes elementos de cunho fático (os eventos relevantes à construção judicial da norma) ou jurídico (o vínculo qualificado por um modal deôntico que é imposto a uma pluralidade de sujeitos em decorrência do acontecimento do antecedente fático).

interferência pode ser total ou parcial, em conformidade aos termos expostos em item anterior do estudo, e advir tanto de vício formal quanto material.

Quando o Judiciário reconhece a inconstitucionalidade integral do enunciado normativo, atua na forma de um “legislador negativo” e passa a classificar aquele texto como “não-direito”, deixando de aplicar normas eventualmente reconstruíveis a partir daquele suporte físico. Nestas situações, a *ratio decidendi* do precedente é no sentido de que, conquanto aquelas significações permaneçam na memória do sistema jurídico – codificadas como ilícitas –, não podem mais ser compreendidas como partes do ordenamento jurídico e, assim, o uso delas na resolução de demandas judiciais está vedado. Neste sentido, o *holding* se expressa como uma determinação de, a um só tempo, codificar todas as repercussões daquele enunciado como ilícitas (para a memória do sistema) e, ainda, extirpá-lo do ordenamento jurídico: mesmo que ele tenha sido posto por uma autoridade hipoteticamente legitimada, o reconhecimento da inconstitucionalidade retira sua validade e extingue sua presunção de pertencimento ao ordenamento.

No caso da inconstitucionalidade que acarrete redução parcial de texto do dispositivo, a situação é diferente. Ainda resta uma parcela do enunciado que pertence ao ordenamento e é válida em relação ao contexto jurídico, desta forma, não há extirpação total de suportes físicos e tampouco vedação completa de uso/manejo normativo das suas significações. A decisão judicial promoverá uma reestruturação sintática dos elementos linguístico-textuais e, assim, interferirá na construção semântica de prescrições jurídicas. O *holding* ostentará feição de instrumento de limitação de sentidos, atuando semanticamente na outorga de significados ao (reduzido) enunciado/significante. A *ratio decidendi* aqui se expressa numa multiplicidade de direções: a) manifestação que fixa pecha de ilicitude a comunicações jurídicas para a memória do sistema; b) conduta que extirpa do ordenamento construções linguísticas parciais (aquelas cuja redução do texto se impôs); c) termo redutor das significações possíveis<sup>100</sup>; d) veículo estruturador de um ou mais significados legítimos possíveis de construção normativa<sup>101</sup>.

Nos casos em que há interferência direta no texto do dispositivo, seja parcial ou total, a *ratio decidendi* se mostrará como óbice ao uso dos termos extirpados e, ademais, atingirá também planos semânticos, impondo aos juízes posteriores – por conta de integridade e

---

<sup>100</sup> No momento que a decisão judicial decide pela inconstitucionalidade de parte do enunciado e, assim, de normas que utilizariam esta estrutura sintática suprimida para a (re)construção de sentidos, confere também ilegitimidade a estas significações, reduzindo o campo daqueles significados normativos possíveis.

<sup>101</sup> Quando se reduz apenas parte do texto, implica-se que o restante não contém vício enunciativo, razão pela qual pode dar azo a significações também legítimas, ainda que destoantes daqueles sentidos fixados no precedente, desde que não se tornem incompatíveis com as comunicações sistêmicas realizadas pela decisão proferida no caso paradigmático.

coerência – certos sentidos (im)possíveis de reconstrução normativa. Bem assim, o *holding* expressa obrigações de não utilizar certos sentidos e, em alguns casos, compreender a legitimidade de outros sentidos. Em relação à inconstitucionalidade reconhecida através de técnicas decisórias que atingem as normas sem promover alterações nos enunciados normativos, a forma de expressão da *ratio decidendi* é distinta: ela comportará elementos que incidirão necessariamente no momento da interpretação, abordando arquétipos de antecedentes fáticos o ligando-os aos respectivos consequentes jurídicos.

No caso de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, o precedente judicial ostenta um caráter eminentemente negativo; mediante o reconhecimento da inconstitucionalidade de certos sentidos normativos, o Judiciário impõe obstáculo semântico à reconstrução de normas daquele teor a partir do enunciado. A manifestação judicial é sintetizada contendo duas enunciações básicas: a) os sentidos “x” de interpretação deste enunciado são desconformes à Constituição, razão pela são ilícitas as construções normativas que apontem nesta direção; b) há mais de uma possibilidade legítima de (re)construção normativa a partir do enunciado, desde que não redunde em alguma das construções aduzidas no “a”. Bem assim, a *ratio decidendi* expressa, em primeiro lugar, a ratificação da constitucionalidade do enunciado normativo, ao mesmo tempo em que atesta a ocorrência de significações – que inicialmente poderiam ser consideradas pelos intérpretes – inconstitucionais, e, portanto, inválidas e obstadas através do cometimento do *holding*, resguardando, entretanto, a viabilidade de outros significados jurídicos potencialmente lícitos.

Diferentemente, na interpretação conforme, o Judiciário fixa um único significado normativo que se adequa às estruturas de subordinação e coordenação do sistema: só existe uma maneira de compreensão semântica que resulta em norma jurídica lícita – e é aquela determinada pelo magistrado. Quando um Tribunal maneja esta técnica decisória, o precedente indica que o enunciado é constitucional, porém o seu uso como elemento do sistema é licitamente restringido a uma só construção normativa. O *holding* se expressa no sentido de vincular o juiz àquela compreensão e impedi-lo de construir outros significados a partir do dispositivo submetido à interpretação conforme a Constituição.

Em qualquer dos casos, é importante frisar, a modulação dos efeitos temporais modifica também a maneira de expressão da *ratio decidendi*. Através da modulação, o juiz impõe uma nova norma jurídica que gera situação de ineficácia técnico-sintática positiva ao reconhecimento da inconstitucionalidade/invalidade do objeto. Assim, caso haja a modulação, é preciso acrescentar às prévias percepções do *holding*, também esta interferência na eficácia, com as respectivas obrigações negativas e positivas dela, respectivamente: a) impede-se que o

juiz descure dos efeitos temporais e reconheça invalidade ao período “ratificado” pela modulação; e, b) impõe-se o dever de, após a modulação, não mais conferir validade ao objeto, fazendo incidir os demais termos correlatos ao tipo de inconstitucionalidade reconhecida.

No que concerne ao reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, o conteúdo do precedente e a expressão dele serão bastante diversificados a depender a situação concretamente vivenciada, pois o tratamento da superação da inércia inconstitucional tem contornos muito próprios em razão dos eventos efetivamente tratados nas demandas. Por exemplo, se o não fazer constituir-se no descumprimento, por grande lapso temporal, do dever de editar uma lei sobre determinado assunto, a expressão do precedente que reconhecer esta mora vai também depender de eventuais outras providências adotadas pelo Judiciário na situação concreta: a) se o Tribunal apenas constitui a autoridade em mora, a expressão será no sentido de que as demais instâncias judiciais deverão, prioritariamente, aguardar tempo razoável para a edição do ato; b) se o Tribunal fixa que a autoridade expeça o ato em tempo x, os demais magistrados deverão aguardar, no mínimo, o decurso deste lapso para que seja viabilizada a adoção de outras medidas; c) se o Tribunal – por si mesmo ou mediante interveniência de outra autoridade comunicante – promove a regulação precária sobre a matéria, as demais instâncias judiciais estarão submetidas a estes ditames, até que sobrevenha dispositivo do agente competente.

Estas possibilidades são meramente exemplificativas e não abarcam toda a amplitude conferida às decisões judiciais que versem acerca da inconstitucionalidade por omissão: em cada uma delas a expressão do *holding* será distinta e variedade fica ainda maior quando se pensa na omissão parcial. Desta maneira, diferentemente do que se estipulou sobre os enunciados e normas inconstitucionais, não há um regramento que seja efetivamente linear acerca da omissão: nela, as expressões do precedente serão verificadas casuisticamente<sup>102</sup>.

Neste capítulo se assentaram as definições (conotativas e denotativas) necessárias à compreensão do fenômeno da inconstitucionalidade, bem como as maneiras pelas quais o controle de constitucionalidade interfere no ordenamento e no sistema jurídico, seja pelo seu recaimento na modulação de condutas, normas ou atos normativos. Enfim, demonstra-se que a inconstitucionalidade pode ser um dos elementos da *ratio decidendi* de um precedente judicial e, assim, ser capaz de vincular a jurisdição brasileira. No próximo capítulo, serão analisadas as formas – principalmente de cunho processual – que o *holding* marcado pela

---

<sup>102</sup> No capítulo seguinte do estudo haverá tópico reservado às repercussões processuais da omissão inconstitucional que, mesmo sem a possibilidade de esgotar o assunto, aprofundará um pouco mais nos tipos de decisões judiciais possíveis e consequências processuais da adoção delas como *holding*.

(in)constitucionalidade influencia nos processos decisórios futuros; isto é, quais as repercussões de um sistema que outorga força vinculante ao precedente que avalia a compatibilidade de certo objeto em relação ao ordenamento jurídico-constitucional: como a inconstitucionalidade vincula e quais deveres recaem sobre quem é vinculado.

#### 4 REPERCUSSÕES PROCESSUAIS DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE COMO CONTEÚDO DO PRECEDENTE

Assentou-se que a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais comunica normas e enunciados normativos no sistema jurídico com capacidade de vincular provimentos jurisdicionais futuros. Estas comunicações são marcadas por uma conjunção relevante de fatos que – quando verificados – determinam a decorrência de certa relação jurídico-prescritiva plurissubjetiva. As decisões judiciais podem versar sobre a inconstitucionalidade de normas ou condutas e, assim, inserirem no conteúdo do *holding* a existência de contraste entre um objeto e um parâmetro constitucional, seguida da determinação de uma consequência jurídica para este fenômeno. A inconstitucionalidade tem aptidão para reconhecer a nulidade<sup>1</sup> de norma ou ato normativo e, assim, superando a presunção de validade destes atos, lhes conferir a codificação de ilícitos. A imposição deste código a um elemento do sistema jurídico faz com que a compreensão da norma jurídica pelas próximas condutas jurisdicionais esteja – conquanto não de maneira absoluta – vinculada ao teor da (in)constitucionalidade.

A capacidade de codificar a comunicação normativa implica repercussões no sistema e, por vezes, também no ordenamento jurídico. Estes fatos produzem também efeitos processuais – avaliados neste capítulo – que advêm do fenômeno da (in)constitucionalidade, modulando o conteúdo pela qual a jurisdição futura se manifestará. Vale dizer, há uma relação entre *alter* e *ego*<sup>2</sup> no que concerne aos textos normativos e as normas jurídicas (re)construídas judicialmente com fundamento neles. O reconhecimento de inconstitucionalidade em precedente judicial atua de forma a concretizar esta dupla contingência e impor efeitos processuais (e procedimentais) presentes e futuros em decorrência de comunicações exaradas pelos órgãos judicantes. Neste sentido, o presente capítulo analisará as maneiras pelas quais a (in)constitucionalidade influencia e é influenciada quando é conteúdo da *ratio decidendi* de decisão vinculante. O primeiro subitem será dedicado às interferências derivadas pela forma como a inconstitucionalidade é processualmente reconhecida.

---

<sup>1</sup> Conforme restara assentado no item 3.3.1 deste trabalho, mesmo nos casos em que ocorre a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (seja em controle concentrado ou difuso) a decisão judicial reconhece uma nulidade/invalidade absoluta. A produção de efeitos temporais (ou melhor, o momento em que os efeitos decisórios se farão perceptíveis), conquanto seja relevante para o plano da eficácia, não interfere na definição conotativa da nulidade absoluta, posto não ser um critério necessário para que algum objeto e/ou signo seja inserido no âmbito desta classe/conceito.

<sup>2</sup> Esta relação pode ser percebida como a “dupla contingência entre a instância que produz institucionalmente a norma, atribuindo-lhe um sentido (o constituinte reformador como *alter*), e a instância que constrói hermeneuticamente, com força vinculatória, a norma a aplicar (o juiz ou tribunal constitucional como o *ego*)” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 94).

#### 4.1 INFLUÊNCIA DA FORMA DE DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE

No item “3.2.4” deste trabalho asseverou-se que o reconhecimento jurisdicional da (in)constitucionalidade pode ocorrer de forma concentrada ou difusa, a depender da competência fixada a um ou a múltiplos órgãos judiciais para decidirem a demanda proposta, respectivamente. Partindo desta premissa de dualidade procedimental, o presente tópico verificará como esta questão de competência influencia a percepção da inconstitucionalidade pela jurisdição no cumprimento de provimentos vinculantes.

##### 4.1.1 Inconstitucionalidade reconhecida em controle concentrado

O controle concentrado é marcado pela competência conferida a órgão(s) específico(s) para o julgamento da demanda constitucional. No Brasil, somente o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça – dos Estados-membros e do Distrito Federal – detêm atribuição para resolver esta contenda. Ele é exercido através de ações constitucionais que podem ser propostas por um rol taxativo de legitimados ativos.

Para a investigação da força/eficácia do precedente que estas decisões são dotadas é necessário observar os mandamentos normativos contidos nos dispositivos inscritos no art. 102, § 2º, da Constituição Federal<sup>3</sup>; art. 28, parágrafo único, da Lei Federal nº 9.868/99<sup>4</sup>; e, art. 10, § 3º, da Lei Federal nº 9.882/99<sup>5</sup>. Em todos os casos está enunciado que a decisão produzirá “eficácia contra todos e efeito vinculante”. A opção legislativa de positivar estes signos impõe que a compreensão dos precedentes no Direito brasileiro seja avaliada em conjunção com estes termos e, neste caminho, sejam analisadas (e incorporadas) as definições jurídicas dos respectivos elementos linguísticos.

Aduzira-se no curso do estudo que nem toda decisão será um precedente e que esta qualificação é reconhecida por atos judiciais posteriores, que avaliam uma certa decisão

---

<sup>3</sup> § 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>4</sup> Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

<sup>5</sup> Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. [...]

§ 3º. A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

paradigmática como sendo um precedente. Não obstante esta percepção, em razão de normas jurídicas de matriz constitucional, qualquer decisão proferida em ritos de controle concentrado de constitucionalidade terá uma *ratio decidendi* (ou parte dela) dotada de efeitos vinculantes<sup>6</sup> (chame-se ela, ou não, de precedente judicial). A colocação de significantes sintaticamente estruturados desta maneira na Constituição tem repercussões semânticas – na definição denotativa de provimentos cogentes – e pragmáticas, na determinação de sujeitos obrigados à observância do *holding* surgido de ações concentradas de constitucionalidade.

O efeito vinculante tem contornos subjetivos e objetivos: no primeiro caso questiona-se quem é vinculado pela decisão judicial e, no segundo, o que exatamente da decisão judicial é capaz/apto a vincular os sujeitos comunicantes. Para se compreender esta força conferida aos provimentos concentrados de constitucionalidade é necessária a investigação pelo menos destes dois aspectos.

A enunciação constitucional primária indica que estão sujeitos ao efeito vinculante os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. De início nota-se a ausência de órgãos legiferantes no rol daqueles que se submetem ao efeito vinculante<sup>7</sup>, enquanto há direta determinação acerca dos entes judiciais e administrativos. Além disso, a expressão “demais órgãos” conota uma significação de que o próprio Tribunal prolator da decisão não estaria inteiramente vinculado à sua prévia decisão – o que se coaduna com os pressupostos anteriormente estabelecidos acerca do *overruling* –, embora se demonstre no curso desta pesquisa que, pelo menos em certos casos e em determinada medida, haverá também esta autovinculação (até mesmo por conta de um dever de coerência/coesão e autorreferência decisória). Vê-se, então, que o Judiciário é afetado pelo

---

<sup>6</sup> Ao tratar sobre os efeitos vinculantes nas demandas de controle concentrado, Lenio Streck defende que é óbvio que uma decisão que declare a inconstitucionalidade de uma lei tenha efeitos vinculantes, pois “hermeneuticamente, uma decisão que declara a inconstitucionalidade é uma decisão que ‘nadifica’. Se uma lei é invalidada pelo Tribunal encarregado de dizer por último se uma lei é constitucional ou não, como admitir que alguém, juiz ou tribunal, pudesse dizer o contrário? E sobre o que o juiz estaria julgando? Sobre algo que deixou de ser válido? Sobre uma lei írrita? Nenhuma? Portanto, nada mais lógico que o efeito vinculante em ação que declara a invalidade de um ato normativo” (STRECK, op. cit., p. 385-386).

<sup>7</sup> O escopo deste capítulo é a avaliação das repercussões processuais da inconstitucionalidade, razão pela qual não se aprofundará nesta temática de subsunção legislativa ao efeito vinculante; não obstante, é imprescindível salientar que a força vinculante dos provimentos jurisdicionais exarados em controle concentrado de constitucionalidade não pode submeter integralmente o Legislativo ao que se decidira judicialmente. Este efeito dirige-se imediatamente aos órgãos administrativos e judiciais, de forma que – *a priori* – o Parlamento não estaria impedido de editar novo ato normativo com significações idênticas ou similares, tendo em vista que: a) a diferenciação hermenêutica entre texto/enunciado e norma jurídica impõe que uma mesma redação, submetida a contextos diversos, pode resultar na (re)construção de normas jurídicas também diversas, num sentido que estas últimas não estejam necessariamente inquinadas do mesmo vício de inconstitucionalidade; e, b) a cláusula constitucional da separação dos poderes obsta – pelo menos de maneira *prima facie* – que o Judiciário se imiscua tão profundamente nas competências legislativas, uma vez que impedir o Parlamento de editar um ato normativo idêntico ou similar ao anterior seria um impedimento indevido de exercício funcional legiferante dentro de um âmbito democrático. Cf. STRECK, op. cit., p. 387.

efeito vinculante das decisões proferidas em controle concentrado, exceto o próprio órgão julgante que proferiu o acórdão.

Há uma determinação de efeitos vinculantes para qualquer decisão tomada por rito concentrado; isto é dizer que os demais atores/agentes/autoridades comunicantes, ao se depararem com (nova) decisão sobre aquele tema, deverão seguir as premissas fático-jurídicas estabelecidas pela Suprema Corte quando da decisão proferida no julgamento do caso/ação paradigmático(a)<sup>8</sup>. A próxima questão avaliada é se este efeito vinculante se restringe à parte dispositiva do acórdão ou, ao revés, engloba a integralidade da *ratio decidendi*.

Por um lado, há o entendimento de que a força vinculante destes provimentos judiciais se circunscreve à parte dispositiva da decisão, uma vez que o legislador utilizou do termo “decisão definitiva de mérito” e, portanto, optou por não abranger também a motivação do julgamento<sup>9</sup>. Noutro sentido, há apreensão de que – além do dispositivo – o efeito vinculante abrange também os próprios fundamentos determinantes da decisão judicial<sup>10</sup>. De acordo com as premissas estabelecidas neste trabalho – de que a *ratio decidendi* é composta pelo conjunto de normas jurídicas (re)construíveis a partir do significante exarado na completude da decisão judicial –, compreende-se que o efeito vinculante tem aptidão para englobar parte bem maior que o simples dispositivo do acórdão que versa sobre a inconstitucionalidade, sendo capaz de albergar os componentes concretos do *holding* acolhido pelo Tribunal no julgamento que decide pela inconstitucionalidade de uma norma ou ato normativo.

No julgamento da Reclamação nº 1.987, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os limites objetivos do efeito vinculante transbordam o mero enunciado do dispositivo e/ou ementa do acórdão paradigma de controle de constitucionalidade. Este caso tratava de julgamento de reclamação proposta pelo Governador do Distrito Federal em face de conduta adotada pela

---

<sup>8</sup> Em sentido similar ao apresentado neste trabalho, Olavo Ferreira entende que “o efeito vinculante é mais abrangente do que o efeito *erga omnes*. Aquele cria uma relação de subordinação, obrigando seus destinatários aos casos que versam sobre aquela matéria decidida, sem qualquer questionamento posterior à constatação de que a decisão vinculante é aplicável ao caso” (FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 119)

<sup>9</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 206-207. Ao tratar sobre as percepções doutrinárias e jurisprudenciais deste assunto – embora em 2002 –, José Sampaio indica que “no Brasil, a jurisprudência constitucional ainda é incerta sobre o exato alcance objetivo da ‘vinculação’ da [ação] declaratória de constitucionalidade, tendente a não incluir os motivos determinantes, mas parte da doutrina entende indispensável estender o efeito vinculante à norma abstrata extraída da parte dispositiva da decisão, transcendendo o caso concreto” (SAMPAIO, op. cit., p. 225).

<sup>10</sup> Gilmar Mendes aduz que posicionar-se de forma distinta seria entender que não existe diferença entre efeito vinculante e coisa julgada, uma vez que a parte dispositiva do acórdão já é albergada pela coisa julgada. Assim, o efeito vinculante tem o condão de outorgar amplitude transcendente ao caso concreto para as decisões do Supremo Tribunal Federal. Desta forma, os sujeitos vinculados devem observância não somente ao conteúdo dispositivo, mas também à norma abstrata – com pretensão de prospectividade – (re)construída com fundamento na própria decisão judicial. Cf. MENDES; BRANCO, op. cit., p. 1.269-1.274.

Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, tendo por justificação o desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.662. A decisão prolatada nesta ADI promoveu a uniformização de procedimentos para a expedição de precatórios e ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões transitadas em julgado contra a União Federal (administração direta), autarquias e fundações. O reclamante propôs sua demanda alegando que a reclamada realizou indevido sequestro de verbas públicas, posto que em situação distinta daquela balizada pelos parâmetros definidos no julgamento da ADI paradigma. Não obstante, a Presidente do TRT tinha fundamentado sua decisão em norma contida no enunciado constitucional inserido no ordenamento mediante a Emenda Constitucional nº 30/2000 (que não era objeto da ADI; foi promulgada durante o curso desta ação de controle concentrado, inclusive). Apesar da distinção entre objeto da ADI e fundamentação fático-jurídica do caso concreto que gerou a reclamação, a Suprema Corte – ao julgar procedente a reclamação – decidiu que os fundamentos resultantes<sup>11</sup> da interpretação constitucional devem ser observados/seguidos pelos demais órgãos judiciais, de maneira que havia justificativa para se transcender a parte dispositiva do acórdão proferido em ADI, para abarcar também os motivos que embasaram a decisão e os princípios por ela consagrados<sup>12</sup>.

Em relação a esta reclamação, caso ficasse entendido que o efeito vinculante restringir-se-ia ao dispositivo do julgamento, somente o ato normativo declarado inconstitucional<sup>13</sup> estaria inquinado: não haveria viabilidade de abarcar outros atos normativos, mesmo que pudessem se amoldar ao suporte fático estipulado na conjunção entre dispositivo e fundamentação do acórdão. Entretanto, a procedência da reclamação demonstra que o efeito vinculante – na perspectiva deste caso – é balizado por mais elementos do que apenas o segmento dispositivo do provimento judicial<sup>14</sup>: atingira-se outro ato normativo que, inclusive, fora publicado em momento posterior ao objeto da ADI e não fora incluído no julgamento da ação direta. Neste

---

<sup>11</sup> Ao abordar este assunto, Lenio Streck explicita que, “numa palavra, fundamentos determinantes (motivos etc.) e o dispositivo fazem parte de um círculo (hermenêutico): somente se compreende a parte dispositiva em toda a sua dimensão quando se tem antecipadamente a (pré)compreensão dos fundamentos determinantes. Do mesmo modo, somente é possível transcender os fundamentos (*tragenden Gründe*) porque eles precisam estar densificados no dispositivo. Um não pode viver sem o outro” (STRECK, op. cit., p. 396).

<sup>12</sup> Atestou-se no acórdão da Rcl. nº 1.987 que a reclamação deve ser admitida “contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma obliqua”.

<sup>13</sup> Ou, nos casos de interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a norma ou conjunto de normas inconstitucionais atribuíveis a certo(s) enunciado(s).

<sup>14</sup> Esta compreensão assemelha os limites objetivos do efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão: aquilo que é “imprescindível e essencial, e, deste modo, como não supérfluo, restando em uma só dimensão, guardadas as suas particularidades, as ideias de *ratio decidendi*, norma decisória concreta e motivos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 886-887).

sentido, “ao contrário da coisa julgada, a razão de ser da eficácia vinculante está em sobretudo obrigar os tribunais e juízes inferiores a respeitar a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão”<sup>15</sup>.

Salienta-se que, no caso da inconstitucionalidade, a decisão pode atingir atos normativos e/ou normas jurídicas<sup>16</sup>. O Tribunal pode decidir tanto que certa lei é inconstitucional ou, mantendo a validade desta, que certas formas de a interpretar são contrastantes com a Constituição. Também nestes casos de interpretação conforme a Constituição e de declaração parcial de nulidade sem redução de texto a decisão tomada em controle concentrado será vinculante<sup>17</sup>, de acordo com exposição legislativa inserida no art. 28, parágrafo único, da Lei Federal nº 9.868/99. Isto é, compreendendo a distinção entre texto e norma, a Suprema Corte poderá fixar sentidos/significados a serem observados pelos demais órgãos judiciais quando da (re)construção de normas fundamentadas em determinado enunciado normativo, enquanto veda que outros – uma vez que incompatíveis com os parâmetros constitucionais – sejam tidos como lícitos. Estas decisões servem, portanto, a dois propósitos vinculativos: a) em primeiro lugar, firma-se que o texto enunciado é constitucional, de maneira que impõe óbice que os demais juízes repute a inconstitucionalidade/nulidade do ato normativo<sup>18</sup>; e, b) em seguida, fixam-se balizas interpretativas que modulam a atividade hermenêutica da reconstrução normativa futura<sup>19</sup>, impondo significados legítimos/possíveis, ao mesmo tempo em que tacham outros de ilícitos e expurgados de validade e/ou eficácia.

O ordenamento jurídico brasileiro confere efeitos vinculantes às decisões judiciais pelo simples fato de serem exaradas através de um procedimento concentrado de controle de constitucionalidade. Não obstante, o contorno objetivo e profundidade desta vinculação dependerá do tipo de decisão proferida e como esta influencia nos textos e/ou normas afetados, especialmente quando se toma por base que a invalidade de um texto acarreta seu expurgo do ordenamento. Além disso, é necessário que se compreenda que a força vinculante tem íntima

---

<sup>15</sup> Ibid., p. 888.

<sup>16</sup> Conforme o que se expusera no item 3.4 desta pesquisa.

<sup>17</sup> Em sentido contrário, Lenio Streck defende que as decisões de interpretação conforme a Constituição não deveriam possuir efeitos vinculantes, pois seria indevido aceitar que – entre as várias interpretações possíveis dos significantes – o Tribunal impusesse aos demais órgãos uma única interpretação considerada correta (Cf. STRECK, op. cit., p. 429-435).

<sup>18</sup> Mais questões relacionadas aos efeitos da declaração de constitucionalidade serão avaliadas no tópico 4.2 deste trabalho.

<sup>19</sup> No que tange à declaração parcial de nulidade sem redução de texto, é imprescindível asseverar que as interpretações não avaliadas – de maneira específica/individualizada – não integram a *ratio decidendi* do julgamento/precedente. Vale dizer, se um (ou mais) determinado sentido normativo é reconhecido incompatível com a Constituição, isto não equivale a decidir que todos os demais significados são lícitos: a vinculação restringe-se aos que foram percebidos como inconstitucionais e aquele que, porventura, se aplicou na resolução na demanda – as demais significações não são (e nem foram) abarcadas pela decisão do Tribunal em controle concentrado.

relação com a *ratio decidendi* do julgado, de modo que os pontos e questões que não integram este extrato não podem ser considerados quando do balizamento da vinculação jurídica: a antítese não se torna vinculante pela simples afirmação/negação de uma tese constitucional.

Estas percepções demonstram que a o modo processual utilizado atinge diretamente a força vinculante do controle de constitucionalidade no sistema judicial vigente. O precedente que tenha por *holding* a (in)constitucionalidade de um determinado objeto, entretanto, pode surgir de julgamentos prolatados em ritos processuais distintos destes concentrados: também no controle difuso é viável a enunciação de *ratio decidendi* vinculante que verse sobre a inconstitucionalidade. O escopo do próximo item – e dos subtópicos que lhe integram – é analisar o reconhecimento difuso da inconstitucionalidade e as consequências/repercussões processuais destas decisões na construção dos precedentes judiciais brasileiros.

#### 4.1.2 Inconstitucionalidade reconhecida em controle difuso

O controle difuso de constitucionalidade é aquele cuja competência é conferida “a uma pluralidade de órgãos [jurisdicionais]”<sup>20</sup>, de modo que – no Brasil – qualquer juiz pode exercê-lo incidentalmente no curso de uma demanda. Diferentemente do que sucede no controle concentrado, não há enunciado normativo positivado que determine os efeitos vinculantes às decisões tomadas nesta espécie de atuação jurisdicional: a (in)existência destes efeitos/força deve ser avaliada em razão de panoramas distintos.

De início é relevante salientar que os efeitos vinculantes não possuem uma relação inseparável com o controle concentrado de constitucionalidade, posto que, nos Estados Unidos (onde o controle judicial circunscreve-se ao difuso), o *judicial review* consubstancia-se em “precedentes obrigatórios a todos os tribunais inferiores e às autoridades administrativas”<sup>21</sup>. Vale dizer, não é somente por meio de um comando constitucional positivo-normativo expresso de vinculatividade que os órgãos judiciais serão compelidos a observarem os acórdãos que decidam a inconstitucionalidade: também o *stare decisis* pode incutir estas percepções nas Cortes (especialmente nas inferiores)<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 100.

<sup>21</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 111.

<sup>22</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 103. No mesmo sentido, leciona Clèmerson Clève ao dispor que “por força deste princípio [*stare decisis*], no momento em que a *Supreme Court* decide a respeito de qualquer questão constitucional, a sua decisão é vinculante para todos os demais órgãos judiciais” (CLÈVE, op. cit., p. 66).

Os Tribunais têm, como condição ao exercício do controle difuso de constitucionalidade, o dever de observar a cláusula da reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal<sup>23</sup>). Este requisito procedimental não se estende aos juízes singulares<sup>24</sup> e tem aptidão para balizar as competências e repercussões do controle incidental. Por conta da reserva de plenário, as Cortes – para decidirem acerca da inconstitucionalidade de um ato normativo – devem instalar um incidente de inconstitucionalidade<sup>25</sup> que será julgado pelo Plenário ou Órgão Especial do Tribunal, enquanto a demanda principal ficará suspensa. Nestes casos, a inconstitucionalidade somente será declarada<sup>26</sup> pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte.

O artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil<sup>27</sup> indica situações em que os órgãos fracionários dos Tribunais não submeterão ao Pleno/Órgão Especial a arguição de inconstitucionalidade: quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão<sup>28</sup>. A partir deste momento de escolha legislativa no sentido de dispensar a instauração do incidente em casos de manifestação prévia da Suprema Corte ou do

<sup>23</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>24</sup> Há entendimento doutrinário de que o juiz singular não “declara” a inconstitucionalidade de ato normativo, apenas deixa de aplicá-lo, uma vez que a sua decisão incidirá sempre sobre relações/situações jurídicas, e não no plano normativo de “nulificação” de enunciados/normas. Cf. BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 47. A despeito desta compreensão, utilizar-se-á indistintamente o termo “declarar” para a inconstitucionalidade reconhecida difusamente, seja por magistrados singulares ou por Tribunais.

<sup>25</sup> A redação do artigo 97 não faz exceção a qualquer Tribunal no que tange à cláusula da reserva de plenário (*full bench*), razão pela todas as Cortes, inclusive o Supremo Tribunal Federal, estariam submetidas a esta restrição procedimental no que tange ao julgamento difuso de inconstitucionalidade. Neste sentido, cf. BARROSO, 2016, op. cit., p. 102; STRECK, op. cit., p. 190; CUNHA JR.; op. cit., p. 146. Entretanto, em sentido distinto, durante o julgamento do RE 361.829 ED/RJ, o Supremo Tribunal Federal entendeu que esta Corte exerce, por excelência, o controle de constitucionalidade – seja difuso ou concentrado – e, por esta razão, mesmo os seus colegiados fracionados detêm competência para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo sem que isto se configure em ofensa ao artigo 97 da Constituição Federal.

<sup>26</sup> Há crítica de Pontes de Miranda acerca do termo declaração de constitucionalidade; o autor entende que “inconstitucionalidade não se declara inconstitucionalidade decreta-se, porque a eficácia preponderante da decisão é constitutiva de negativa, [...] o elemento declarativo é mera eficácia imediata, salvo se não vem à frente elemento mandamental” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 6. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975, p. 43). Discorda-se desta compreensão por se crer que a preponderância da decisão de inconstitucionalidade é declaratória, uma vez que ela já reconhece uma relação de contrariedade entre um objeto fático-jurídico e um parâmetro normativo constitucional, razão pela qual inexistente impropriedade no manejo do termo “declaração” para se referir à decisão que versa sobre inconstitucionalidade.

<sup>27</sup> Art. 949. Se a arguição for: [...]

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão

<sup>28</sup> Durante ainda a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a Lei Federal nº 9.756/98 incluiu o parágrafo único no artigo 481 no CPC/73, cuja redação era a seguinte: “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”. Mesmo antes desta disposição legal, o Supremo Tribunal Federal fincou no artigo 101 de seu Regimento Interno que “a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103”.

próprio Tribunal se iniciam várias questões acerca dos efeitos que ostentam as decisões no controle difuso. O primeiro ponto a ser avaliado é se esta dispensa ocorre em função de força vinculativa desta decisão que serve de paradigma; em seguida é necessário que se estabeleçam os parâmetros que permitem/autorizam a dispensa do incidente e a relação deles com a *ratio decidendi* do acórdão anterior e/ou apenas com o ato normativo/norma jurídica reconhecido (in)constitucional.

Para a investigação destas questões se faz indispensável a compreensão dos significados constitucionais que outorgam competência ao Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional. Se, numa verificação inicial, é do Senado a atribuição para sustar aplicação geral das normas jurídicas, quais são os contornos jurídicos (em especial que no que concerne aos efeitos vinculantes) do precedente judicial surgido em controle difuso de constitucionalidade e quais as eventuais diferenças em relação ao que restara assentado sobre as decisões vinculantes surgidas no controle concentrado?

#### 4.1.2.1 Atuação do Senado Federal

Determina o artigo 52, inciso X, da Constituição<sup>29</sup>, seguindo tradição inaugurada pela Constituição Federal de 1934<sup>30</sup>, que é da competência exclusiva do Senado Federal a suspensão da execução de lei<sup>31</sup> declarada inconstitucional – por decisão definitiva – pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente assenta-se que esta atribuição senatorial se restringe ao controle difuso de constitucionalidade<sup>32</sup>, uma vez que, em relação ao controle concentrado, os efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* surgem a despeito da (in)existência de atuação do Senado: enunciados constitucionais e legais conferem estas características aos julgados proferidos nestes ritos processuais, conforme se expusera em item anterior deste trabalho.

A adoção concomitante de controles difusos e concentrado de constitucionalidade pelo ordenamento brasileiro impôs certa dificuldade em razão da inexistência de tradição judicial similar à doutrina do *stare decisis*. Na história americana – berço do controle incidental e difuso – os precedentes possuem bastante relevância na conformação judicial do Direito, mormente por fatores ligados à tradição do *common law*; o caso brasileiro, porém, é distinto, pois tem sua

---

<sup>29</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

<sup>30</sup> Para uma análise histórica da evolução dos enunciados constitucionais referentes a este assunto cf. CLÈVE, op. cit., p. 115-120.

<sup>31</sup> A despeito de a Constituição ter positivado o signo “lei”, devem-se compreender abrangidos neste termo “todos os atos normativos de quaisquer dos três níveis de poder, vale dizer, o Senado também suspende os atos estaduais e municipais” (BARROSO, 2016, op. cit., p. 107). No mesmo sentido, cf. CUNHA JR., op. cit., p. 153.

<sup>32</sup> FERREIRA, op. cit., p. 61.

matriz jurídica nas compreensões romano-germânicas, em que normatividade precípua decorre dos atos legislativos (em sentido amplo), de forma que as decisões judiciais (mesmo as do Supremo Tribunal Federal) não ostentam naturalmente o caráter vinculante. Por estas razões, a competência senatorial para “suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo”<sup>33</sup>.

A concepção doutrinária tradicional é no sentido de que as decisões judiciais proferidas em controle difuso que reconheçam a inconstitucionalidade de ato normativo/norma jurídica são aplicáveis somente aos sujeitos processuais envolvidos (*inter partes*<sup>34</sup>), com aptidão retroativa (*ex tunc*<sup>35</sup>) e, além disso, que não vinculam os demais julgamentos posteriores sobre a mesma matéria<sup>36</sup>. Por conseguinte, a atuação do Senado Federal é imprescindível para conferir eficácia contra todos e, ao suspender a regra afetada, impedir que outros juízes a utilizem na resolução de demandas futuras; a competência senatorial tem a função de evitar a problemática de certos atos normativos sejam reputados constitucionais para uns e inconstitucionais para outros<sup>37</sup>. Assim, declarada em controle difuso e incidental a inconstitucionalidade de um ato normativo, o Supremo Tribunal Federal<sup>38</sup> comunicará ao Senado acerca da decisão para que este, através da resolução própria, promova a suspensão do ato

Neste diapasão indaga-se como esta competência do Senado se desenvolve: a) se o Senado é obrigado a expedir a resolução ou tem discricionariedade acerca do conteúdo; b) se o

<sup>33</sup> BARROSO, 2016, op. cit., p. 106.

<sup>34</sup> “Caso não seja emitida a resolução [...], o acórdão do STF vale e produz efeitos somente entre as partes do processo do qual se originou o acórdão que, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Constituição Federal comentada**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 798).

<sup>35</sup> É importante salientar que, entretanto, na avaliação concreta dos casos julgados, é viável que o Judiciário promova modulação dos efeitos temporais de suas decisões, conferindo efeitos irretroativos e/ou prospectivos, malgrado as previsões normativas para tanto encontrem-se positivadas em leis direcionadas ao controle concentrado de constitucionalidade. Cf. CUNHA JR., op. cit., p. 150. No mesmo sentido, Rafael Lazari e Ricardo Bispo advogam que, na atualidade, “encara-se com relativa tranquilidade a modulação de efeitos sede de controle concentrado de constitucionalidade” (LAZARI, Rafael José Nadim de; RAZABONI JR., Ricardo Bisto. A modulação de efeitos no controle difuso de constitucionalidade: análise com base em caso concreto. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 105, p. 15-28, jan./fev. 2018, p. 18).

<sup>36</sup> Neste sentido, defendendo que “a decisão que julgou inconstitucional uma lei ou ato normativo terá seus efeitos somente *inter partes*. [...] a referida lei inconstitucional permanecerá vigendo no ordenamento jurídico brasileiro em face das pessoas que não foram parte no processo”, cf. GLASENAPP, Ricardo Bernd. O Senado Federal e o controle difuso da constitucionalidade: a competência do Senado Federal em suspender a eficácia, com efeitos *erga omnes*, de lei julgada inconstitucional em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 70, p. 173-224, jan./mar. 2010, p. 185.

<sup>37</sup> Cf. BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976, p. 60-61.

<sup>38</sup> Além da própria Corte, a decisão proferida pelo STF pode ser comunicada ao Senado pelo Procurador-Geral da República e, ademais, é viável que Senado Federal – de ofício – tome conhecimento da decisão judicial e, sem manifestação de outros órgãos, inicie o procedimento de suspensão do ato normativo. Neste sentido, cf. CUNHA JR., op. cit., p. 152-153.

Senado tem escolha acerca da extensão da suspensão dos atos normativos promovidos pela resolução; e, c) se o ato senatorial tem aptidão retroativa ou meramente prospectiva.

A natureza jurídica da conduta do Senado Federal de editar uma resolução promulgando a suspensão do ato reconhecido inconstitucional é fator de divergência doutrinária. Num primeiro sentido, Luiz Araújo e Vidal Nunes Jr.<sup>39</sup> entendem que este ato tem natureza discricionária, posto que se trata de exercício de competência política: o Senado não dá cumprimento à decisão da Suprema Corte, porém estende os efeitos pertinentes à inconstitucionalidade (o que está dissociado da prestação jurídica material buscada em juízo nas demandas de controle difuso de constitucionalidade)<sup>40</sup>. Em sentido contrário Manuel Ferreira Filho compreende que a expedição da resolução não fica ao critério discricionário do Senado do Senado Federal, ao revés, lhe é obrigatoriamente imposta<sup>41</sup>; isto é, “o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional. Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico”<sup>42</sup>.

O dispositivo constitucional determina que o Senado pode suspender a lei no todo ou em parte. A extensão desta deliberação senatorial encontra claros limites acerca da majoração (não pode ser em amplitude maior que aquela reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal; não é viável que determine a suspensão integral de uma lei reconhecida apenas parcialmente inconstitucional pela Corte<sup>43</sup>), porém não há significação unívoca no que toca à restrição da abrangência. Por um lado, Pontes de Miranda sustentava que o Senado Federal “só suspende a parte que foi apontada como inconstitucional, ou o todo, que o foi; e nunca o todo porque uma parte o foi”<sup>44</sup>, de modo que a resolução senatorial deve representar – nos mesmos limites – a

---

<sup>39</sup> Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 36.

<sup>40</sup> No mesmo sentido é a posição de Olavo Ferreira, acrescentando que a decisão senatorial rompe com a estabilidade das relações jurídico-constitucionais e, bem assim, exalta-se a natureza discricionária desta conduta política. Cf. FERREIRA, op. cit., p. 62. Também parece ser essa a posição de Ricardo Glasenapp, ao dispor que “não basta o STF comunicar ao Senado Federal que alguma lei ou um ato normativo foi julgado inconstitucional, faz-se necessário ainda que o Senado Federal queira e entenda oportuno que a lei ou o ato tenha seus efeitos suspensos para todos” (GLASENAPP, op. cit., p. 186).

<sup>41</sup> Celso Bastos adota posição similar ao defender que, estando verificados os requisitos para a suspensão do ato normativo, deve o Senado Federal exercer sua função própria; não se trata de mero ato *interna corporis*. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 440. Esta posição também é comungada por Dirley da Cunha Jr.; cf. CUNHA JR., op. cit., p. 156.

<sup>42</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

<sup>43</sup> O Senado não pode escolher ao seu talante a suspensão de todos os atos, pois não detém competência para decretar/declarar a inconstitucionalidade; sua atuação fica restrita ao campo delimitado pelas decisões do Supremo Tribunal Federal: não pode ir além daquilo que a própria Corte reputou incompatível com a Constituição. Cf. CUNHA JR., op. cit., p. 154.

<sup>44</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 88. No mesmo sentido, cf. CLÈVE, op. cit., p. 121.

decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal: não é competência do Senado aumentar ou diminuir o teor daquilo que restara judicialmente reconhecido acerca da inconstitucionalidade. Em sentido diferente são as lições de Michel Temer, ao defender que – baseado numa questão de independência e separação dos Poderes; por não ser o Legislativo mero órgão chancelador das decisões do Supremo Tribunal Federal – o “Senado não está obrigado a suspender a execução da lei na mesma extensão da declaração efetivada pelo STF”<sup>45</sup>.

No que concerne aos efeitos decorrentes do ato senatorial é também importante ressaltar o dissenso doutrinário sobre o assunto; embora haja consenso acerca da dotação de eficácia *erga omnes* ao provimento judicial de inconstitucionalidade, os efeitos temporais advindos não gozam da mesma harmonia. Numa primeira corrente, há a defesa de que a suspensão promovida pelo Senado Federal produz efeitos meramente prospectivos (*ex nunc*), incidindo somente após a publicação do ato de suspensão<sup>46</sup>: suspender a lei, neste ponto, equivale a revogá-la, razão pelo qual a vigência deve ser cessada com a publicação da resolução, sem afetar os resultados anteriores<sup>47</sup>. No sentido contrário, a segunda corrente defende que a resolução atribui efeitos retroativos (*ex tunc*) à decisão de inconstitucionalidade, pois – em função de quesitos de economia processual – uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle concentrado ou difuso, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos, uma vez que seria ilógico impor necessidade que um dos legitimados previstos no art. 103 da Constituição propusesse uma demanda concentrada cujo resultado já é previamente conhecido<sup>48</sup>.

Por conta das premissas adotadas nos capítulos anteriores deste trabalho, é imperioso reconhecer que nem toda decisão da Suprema Corte é um precedente em si mesmo e tampouco será detentora de efeitos vinculantes unicamente em razão de qual órgão as prolatou. Neste sentido, para que à *ratio decidendi* seja conferida força vinculante é necessário que: a) se reconheça (em momento posterior) a decisão paradigma como um precedente; ou, b) que o sistema encampe norma jurídica que outorgue efeito vinculante ao julgamento, a despeito da inexistência de atos judiciais posteriores. Percebe-se que o controle concentrado de constitucionalidade se amolda ao segundo caso referido; entretanto, as decisões de

---

<sup>45</sup> TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

<sup>46</sup> Cf. ARAÚJO; NUNES JR., op. cit., p. 29; FERREIRA, op. cit., p. 62; TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 417.

<sup>47</sup> Há significativa diferença entre afetar o plano da validade de um ato normativo, nulificando o texto e as normas dele decorrentes (o que ocorre em controle concentrado) e a suspensão de lei realizada pelo Senado Federal em consequência de reconhecimento de inconstitucionalidade mediante controle difuso: neste último caso ocorre a suspensão da vigência do ato, que se trata de um forma de revogação da lei. Cf. STRECK, op. cit., p. 208.

<sup>48</sup> Cf. CLÈVE, op. cit., p. 122; BARROSO, 2016, op. cit., p. 107; CUNHA JR., op. cit., p. 154-155.

inconstitucionalidade prolatadas em controle difuso não gozam automaticamente desta mesma subsunção normativa.

A força vinculante – mesmo que a matéria seja a inconstitucionalidade de um ato normativo – destas decisões não é congênita: uma comunicação posterior por autoridade legítima é que dotará força a esta pretensão prospectiva de incidência. Os tipos de comunicações jurídicas capazes de concretizar esta aptidão são duas: a) reconhecimento judicial posterior de precedente à decisão paradigma; ou, b) manifestação do Senado Federal que suspenda o ato normativo.

No primeiro caso estar-se-á diante do curso comum seguido pelos precedentes judiciais: inicialmente uma decisão é proferida e, noutro momento, um órgão judicial – atento às circunstâncias fáticas que envolviam a demanda originária – compreende que o *holding* do primeiro julgamento deve ser observado, seja para aplicar a mesma consequência jurídica ou para fazer o *distinguishing*. Embora a *ratio decidendi* aqui seja constituída por inconstitucionalidade/nulidade de um objeto, as repercussões processuais de vinculação são semelhantes ao que já se estabelecera no decorrer desta pesquisa.

A situação é distinta quando, inexistindo (ainda) decisão judicial que reconheça uma outra – anterior – como precedente, o Senado Federal expede uma resolução que dota de eficácia *erga omnes* o reconhecimento da inconstitucionalidade de ato normativo. Os demais órgãos judiciais, neste caso, restarão vinculados ao entendimento do Supremo por conta de outras razões. Não haverá reconhecimento interno (surgido das próprias instâncias jurisdicionais) de que, a partir do controle difuso, surgiu precedente; em vez disso, existirá uma manifestação do Senado no sentido de que os enunciados suspensos não podem mais ser utilizados para a (re)construção de normas jurídicas. Tendo em vista que a inconstitucionalidade é um vício que eiva de nulidade certo objeto, compreende-se que, ordinariamente, a validade deste mesmo objeto será afetada *ex tunc*<sup>49</sup>, de maneira que alinha-se à corrente doutrinária que compreende a manifestação do Senado como capaz de outorgar efeitos retroativos à suspensão do ato normativo inconstitucional. Destarte, a comunicação sistêmica do Senado Federal pode ser entendida como a segunda (e última) conduta na cadeia de um ato jurídico complexo que dota de força vinculante a *ratio decidendi* da decisão que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo: apenas de maneira indireta, portanto, estas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ostentam efeitos vinculantes; a despeito de serem aptas a tanto, não

---

<sup>49</sup> Assim, se não houver manifestação judicial no sentido de modular temporalmente os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, ela operará efeitos retroativos, inquinando o seu objeto desde sua comunicação primária no sistema jurídico.

necessariamente obrigarão os juízos futuros, salvo se assim forem reconhecidas como precedentes ou se passarem pelo rito de resolução senatorial.

Há de se ressaltar, ainda, que a previsão normativa contida no art. 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil – que determina a dispensa do incidente de arguição de inconstitucionalidade em controle difuso – não é razão para, por si só, tornar inócua a atuação do Senado Federal e tampouco para conferir imediatamente efeito vinculante à *ratio decidendi* da decisão. Em primeiro lugar, a (re)construção normativa a partir deste dispositivo é no sentido de conferir ao órgão judicial (fracionário) posterior a capacidade de reconhecer uma decisão pretérita de um Tribunal como um precedente que deve ser observado (vinculante, portanto): a interpretação do enunciado deve ser entendida com o significado de autorização ao órgão fracionário de reconhecer a inconstitucionalidade como pertencente ao *holding* de decisão proferida em controle difuso pelo STF ou pelo próprio Tribunal e, assim, aplicá-lo ao caso atual julgado, mas o sistema de precedentes brasileiros – como um todo – não se restringe apenas a estas hipóteses. A previsão legal não abarca de todas as situações em que o controle difuso pode se tornar um precedente e, assim reconhecidos os seus efeitos vinculantes, haja peremptória observância dele por órgão judicante; veja-se a situação, por exemplo, de uma decisão prolatada em ação originária pelo Superior Tribunal de Justiça que reconheça – mediante o incidente legal específico – incidentalmente a inconstitucionalidade de um ato normativo e, em momento seguinte, um Tribunal de Justiça compreenda este julgado como um precedente e decida que sua *ratio decidendi* detém força cogente: o STJ não tem competência para enviar sua decisão ao Senado Federal para que este órgão suspenda o ato normativo; a previsão do art. 949, parágrafo único, do CPC somente autoriza expressamente a dispensa quando o incidente tiver sido suscitado e decidido pela Suprema Corte ou pelo próprio Tribunal; visto que não se amolda a estas oportunidades, é preciso que a força vinculante deste precedente decorra doutros argumentos, tais como a congruência/coesão judicial explicada em tópico anterior. Enfim, a previsão senatorial é também relevante<sup>50</sup> porque nem sempre a decisão sobre a inconstitucionalidade de um ato normativo será avaliada pelo Plenário do Supremo, como é o caso, por exemplo, da inconstitucionalidade de um objeto elaborado antes da Constituição Federal de 1988 que tenha por parâmetro norma constitucional também pretérita; ou também a situação em que a inconstitucionalidade difusa é reconhecida por uma Turma da Suprema

---

<sup>50</sup> Assim como a eventual possibilidade de outorga de competência similar aos Legislativos Estaduais e do Distrito Federal em razão do modelo federativo adotado.

Corte<sup>51</sup>. Bem assim, no sistema de precedentes e vinculações jurisdicionais, os dispositivos do art. 52, inciso X da Constituição Federal e do art. 949, parágrafo único, do CPC instituem possibilidades harmônicas de (re)construções normativas, reforçando a compreensão de que os precedentes em controle difuso podem surgir de múltiplas formas e que não há inocuidade de qualquer deles.

Neste item se reafirmaram as premissas do sistema de precedentes e, em conjunto, elas foram confrontadas com a competência senatorial e a possibilidade de dispensa de incidente de declaração de inconstitucionalidade. Assim, verificaram-se os modos pelos quais podem ser compostas as comunicações de *ratio decidendi* vinculante e como elas são judicialmente reconhecidas: com ou sem prévia manifestação do Senado Federal. Não obstante estas percepções, foram proferidos votos em julgamentos do Supremo Tribunal Federal com a pretensão de subverter este esquema – ante a relevância destas manifestações, pela capacidade de inserir novos elementos de semântica constitucional, é necessário que haja investigação também sobre elas; assim, o próximo item versa sobre a eventual mutação de normas jurídicas contidas no enunciado que atribui competência ao Senado de influenciar na eficácia geral do controle difuso de constitucionalidade.

#### 4.1.2.2 Mutação constitucional da norma contida no art. 52, inciso X, da Constitui o

As acep es expressadas no item anterior indicam as compreensões doutrinárias acerca dos significados abarcados pela resolu o senatorial. A despeito destes entendimentos, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar conjuntamente as A es Diretas de Inconstitucionalidade n  3.470/RJ e 3.406/RJ, decidiu pela muta o constitucional das normas jurídicas (re)construídas a partir do significante constitucional e, com base neste novo paradigma, conferiu nova apreensão bastante distinta acerca da atua o do Senado Federal no controle de constitucionalidade e, por conseguinte, trouxe implica es nos eventuais efeitos vinculantes da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais surgidos do exercício de controle incidental de constitucionalidade.

Para que a (nova) posi o judicial seja inteiramente vislumbrada   imprescindível que, além das A es Diretas de Inconstitucionalidade supracitadas, verifiquem-se os debates travados pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Reclama o de n  4.335/AC.

---

<sup>51</sup> Conforme o entendimento firmado no RE 361.829 ED/RJ: “o encaminhamento de recurso extraordinário ao Plenário do STF   procedimento que depende da aprecia o, pela Turma, da existência das hipóteses regimentais previstas e não, simplesmente, de requerimento da parte. O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constitui o Federal”.

Esta ação tinha o escopo de fazer com que o reconhecimento difuso e incidental da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º<sup>52</sup>, da Lei de Crimes Hediondos<sup>53</sup> irradiasse eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, a despeito da inexistência de resolução expedida pelo Senado Federal neste sentido. A situação fática que substanciava esta reclamação era a de que, após o reconhecimento desta inconstitucionalidade – cuja aptidão normativa seria no sentido de conferir melhor de situação a diversos indivíduos presos por conta de crimes hediondos –, a Defensoria Pública do Estado do Acre (DPE/AC) pediu ao juízo das execuções penais da Comarca de Rio Branco/AC que concedesse a progressão de regime a todos os detentos que ostentavam estes parâmetros, ante o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma que vedava esta benesse penal. Em resposta ao pedido, o juízo reclamado indeferiu a pretensão, sob o fundamento de que a indigitada decisão de inconstitucionalidade, embora proferida pelo STF, ocorreu em controle difuso e incidental, razão pela qual não haveria vinculação do demais órgãos judiciais (que dar-se-ia somente após a edição de resolução pelo Senado Federal).

No julgamento desta reclamação, a despeito de vencidos neste ponto, são bastante relevantes os votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes (relator da demanda) e Eros Grau acerca da eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes dos provimentos da Suprema Corte que reconhecerem a inconstitucionalidade de ato normativo em controle difuso e incidental. O relator defendia o anacronismo da previsão positivada do art. 52, inciso X, da Constituição e, por conta da aproximação – no curso de desenvolvimento histórico brasileiro – entre as formas concentradas e difusas de controle, deveria ser reconhecida a mutação constitucional do dispositivo para abranger as concepções decorrentes da reformulação do sistema jurídico. Por seu turno, o Ministro Eros Grau defendeu que veria ser modificada (sem a interveniência de reforma à Constituição) a atribuição conferida pelo constituinte ao Senado Federal, para que competisse ao órgão legislativo apenas dar publicidade à suspensão da execução do ato normativo, posto que esta própria execução já seria operada pelo STF quando da prolação da decisão definitiva<sup>54</sup>. Os julgadores aduziram que a dissociação entre texto e norma, ocorre a

---

<sup>52</sup> A redação originária do dispositivo indicava que a pena seria cumprida integralmente em regime fechado.

<sup>53</sup> Reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal mediante decisão prolatada no *Habeas Corpus* de nº 82.959/SP.

<sup>54</sup> Em análise crítica a este posicionamento Bruno Zanotti e Alexandre Coura expressam que, adotada esta compreensão, “o Senado passa a ser um mero publicador das decisões do Supremo Tribunal Federal. O resultado, portanto, é uma abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ao aproximar este modelo de controle daquele efetuado no controle concentrado pelo STF” (ZANOTTI, Bruno Taufner; COURA, Alexandre de Castro. *Mutação constitucional e a ampliação de poderes do (e pelo) Poder Judiciário: reflexões acerca dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Rcl nº 4335*. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 14, n. 6, p. 173-185, maio/ago. 2016, p. 177). Em sentido semelhante são as críticas de Lenio Streck de que a encampação desta tese transformaria o Senado numa espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal: o que “foi denominado de ‘mutação constitucional’, e que consistiu, na verdade, não na atribuição de uma nova norma a um

todo instante como resultado da interpretação do texto normativo de modo a (re)construir um comando específico a norma que varia a depender do caso concreto<sup>55</sup>. Assim, para ocorrer o fenômeno da mutação constitucional não apenas a norma é nova como também o texto normativo deve ser alterado.

A posição dos dois Ministros restou minoritária e não foi encampada pelos outros julgadores. O Ministro Sepúlveda Pertence, conquanto reforçasse a obsolescência e anacronismo da disposição constitucional, entendeu que é desnecessária a sua mutação, uma vez que a súmula vinculante tem aptidão para condicionar decisões futuras sem a interveniência/participação do Senado Federal. Por fim, a reclamação foi julgada procedente para conceder o *habeas corpus* de ofício, pelos Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marcos Aurélio contra os votos do Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Celso de Melo que não concediam a ordem. Ressalta-se que, dos seis ministros que conheceram da reclamação, apenas Gilmar Mendes e Eros Grau, argumentaram com base tese da mutação constitucional.

Bem assim, a despeito de ventilada nesta reclamação, não restou decidida a mutação constitucional da norma jurídica, razão pela qual as premissas estabelecidas no item anterior permaneceram hígdas e inalteradas. Entretanto, este caso reforçou no STF a necessidade de compreender efetivamente os limites da atuação do Senado Federal no controle difuso.

O tema foi novamente conhecido pelo Supremo em razão do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 3.470 e 3.406, ambas do Estado do Rio de Janeiro, cuja pretensão era o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual de nº 3.579/2001, que tinha por conteúdo a substituição progressiva, no âmbito de toda aquela unidade federativa, da produção e comercialização de produtos que constituídos – ainda que parcialmente – de asbesto/amianto. A controvérsia jurídica girava em torno da (in)competência dos Estados-membros para editarem leis restringindo a utilização do indigitado mineral (em face das normas jurídicas [re]construídas a partir dos dispositivos positivados pelos incisos V, VI e XII do artigo

---

texto *Sinngebung*, mas sim na substituição de um texto por outro texto” (STRECK, op. cit., p. 205). Também Nelson Nery e Rosa Maria Nery apresentam posições contrárias ao entendimento do relator; compreendem que a participação do Senado confere legitimidade democrática aos efeitos *erga omnes* surgidos de controle difuso de constitucionalidade, especialmente em razão de não existir no Brasil um Tribunal Constitucional que se situe apartado da estrutura dos Três Poderes, razão pela qual seria indevida a mutação constitucional para reduzir as competências e atribuições senatoriais (NERY JR.; NERY, 2019, op. cit., p. 798-800).

<sup>55</sup> As posições adotadas por Sarlet, Marinoni e Mitidiero parecem assentir com a pretensão dos dois Ministros, posto que os doutrinadores defendem que “exigir a comunicação ao Senado Federal é admitir algo que deixou de ter razão de ser. Não há qualquer razão para se exigir a comunicação do Senado Federal, ao menos para o efeito de se atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 903).

24 da Constituição), tendo em vista que a Lei Federal nº 9.055/95 autorizava o uso econômico do asbesto/amianto.

Uma vez que a discussão deveria ser solucionada mediante a definição das competências gerais/específicas concorrentes das entidades federativas, cabia ao Supremo Tribunal Federal decidir se era constitucional que o um Estado-membro proibisse a produção e/ou comercialização de um determinado produto – em função de vetores de saúde, ambientais e consumeristas – ante a existência de norma federal (que tem caráter geral, portanto) que autorizava o seu manejo econômico. Em julgados anteriores o STF havia firmado a inconstitucionalidade de leis estaduais de conteúdo similar, sob o fundamento de que estaria havendo invasão do campo competencial reservado à lei federal<sup>56</sup>. Mudando sua posição, a Corte firmou – incidentalmente – que o art. 2º, da Lei Federal nº 9.055/95 era inconstitucional e, em seguida, que a lei estadual era compatível com a Constituição. Além disso, o STF aduziu que, conquanto decidido incidentalmente, à inconstitucionalidade do dispositivo de lei federal dar-se-ia eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. Ao final, por maioria de sete votos<sup>57</sup> (vencidos os ministros Alexandre de Moraes<sup>58</sup> e Marco Aurélio<sup>59</sup>, ausente o ministro Ricardo Lewandowski e impedido o ministro Roberto Barroso), foi reconhecida a tese de mutação constitucional do enunciado do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, para aduzir que a manifestação senatorial teria apenas o condão de publicizar a decisão tomada no STF.

Já havia compreensão doutrinária, mesmo antes da decisão proferida no julgamento das Ações Diretas, de que as decisões proferidas pelo STF em controle difuso ostentam efeitos vinculantes, sendo despicienda a atuação do Senado Federal acerca da atribuição de eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade<sup>60</sup>. Embora essas posições tenham sido difundidas,

<sup>56</sup> V.g. ADI nº 2.396/MS e ADI nº 2.656/SP;

<sup>57</sup> os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Melo, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, sustentaram que o efeito vinculante reside na própria decisão da Corte, sendo função do Senado Federal, apenas conferir publicidade a esta decisão, evitando a propositura de inúmeros processos com matéria já decidida. A Ministra Cármen Lúcia alertou, ainda, que se está caminhando para o fato de não se reconhecer a inconstitucionalidade apenas do ato normativo, porém da própria matéria da discussão, numa percepção um pouco mais ampla da *ratio decidendi* da decisão judicial. Noutro giro, o Ministro Edson Fachin, apesar de fazer parte da maioria, defendeu um aspecto diverso da questão: a existência de uma preclusão consumativa da matéria quando ocorre declaração da inconstitucionalidade, ainda que de modo incidental.

<sup>58</sup> Apesar de reconhecer a perspectiva da mutação constitucional, o Ministro Alexandre de Moraes entendeu que não havia necessidade de fazê-lo, uma vez que a instituição das súmulas vinculantes e da repercussão geral são suficientes na promoção dos efeitos práticos buscados pela Suprema Corte.

<sup>59</sup> O Ministro Marco Aurélio professou o entendimento de que, para afastar a competência constitucionalmente garantida pelo Senado Federal seria necessária uma Emenda à Constituição, e não a simples atuação do Supremo, de modo que se torna uma afronta à independência e harmonia entre os Poderes a adoção da tese da mutação constitucional.

<sup>60</sup> Além das decisões de inconstitucionalidade, Marinoni leciona que também as decisões que adotam as técnicas de interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de nulidade sem redução de texto devem ostentar

percebe-se que – inobstante os dizeres utilizados por alguns ministros – o caso analisado não aborda especificamente o controle difuso de constitucionalidade.

Em bem da verdade, a demanda era uma ação concentrada em que restara decretado, de forma incidental, a inconstitucionalidade de um ato normativo distinto do objeto do pedido. Isto é, ainda que de forma incidental, a inconstitucionalidade foi declarada em ação direta. Não se podem confundir as definições de controle difuso e controle incidental de inconstitucionalidade: os vetores de classificação utilizados entre eles são distintos. Enquanto no controle difuso usa-se o parâmetro da competência jurisdicional para exercê-lo (em contraste ao controle concentrado) – se restrita a um tribunal específico ou titularizada indistintamente pelos órgãos judiciais –, o critério para classificar um controle como incidental é o modo como a questão surge no processo: se como matéria prejudicial ou como questão principal.

Veja-se que a decisão do STF conferiu eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes ao controle incidental de constitucionalidade realizado no bojo de ação concentrada (e não de demanda difusa). Neste sentido, a despeito de serem aduzidas manifestações acerca de mutação constitucional do enunciado do art. 52, inciso X, da Constituição, a *ratio decidendi* contida nestes julgados não afeta a sistemática do controle difuso, posto que as circunstâncias fáticas não se relacionam necessariamente com ele. Isto é, a decisão de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado, seja ela exarada de modo principal ou incidental, ostenta força vinculante simplesmente por conta do rito em que foi prolatada – conforme disposições constitucionais e legais neste sentido. A decisão do Supremo tem o condão de esclarecer que não apenas o dispositivo referente ao pedido principal vincula, porém também os outros elementos que integram o *holding* da decisão, conforme se defendera no item relacionado ao controle concentrado.

Diante destes esclarecimentos das contingências processuais formadas pela Suprema Corte é imperioso ratificar que, malgrado haja comunicações no sentido de reconhecer a mutação constitucional, o esquema relativo ao controle difuso deve permanecer inalterado, porque as decisões proferidas por estes diversos ritos ostentarão caráter vinculante somente nos casos de reconhecimento judicial posterior delas como precedentes judiciais a serem observados, ou quando o Senado Federal expedir a resolução atingindo a eficácia subjetiva do *decisum*.

---

força vinculante, uma vez que “negar eficácia vinculante aos precedentes constitucionais em virtude de o Senado Federal ter poder para suspender os efeitos de lei declarada inconstitucional, além de lamentável e curiosamente impedir que as decisões do STF gozem da devida autoridade, constitui equívoco fácil de ser apanhado” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 903).

#### 4.1.2.3 Efeito vinculante no controle difuso

Ainda tratando sobre o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso, é necessário avaliar que os recursos extraordinários repetitivos foram inseridos no rol de procedimentos do art. 927 do Código de Processo Civil. Uma conduta legislativa escolheu que, independentemente de reconhecimento judicial posterior como precedentes, a *ratio decidendi* das decisões proferidas nestes recursos será dotada de efeitos vinculantes. Nestes casos, mesmo que proferida em controle difuso, a inconstitucionalidade deve receber tratamento igual àquela determinada em ações concentradas: o reconhecimento da força vinculante dispensa atuação senatorial e ocorre em razão do procedimento adotado. Entretanto, o mesmo não se aplica às decisões em demandas difusas submetidas a ritos distintos, sejam originárias ou recursais.

Ante o exposto, ficara demonstrado que o *holding* que verse sobre inconstitucionalidade em decisões proferidas mediante o controle difuso de constitucionalidade pode ter eficácia vinculante em três situações distintas: a) em se tratando de julgamento proferido pelo rito dos recursos extraordinários repetitivos; b) sendo reconhecido por decisões judiciais posteriores como um precedente e, portanto, conferindo dever de observância à *ratio decidendi* do acórdão; ou, c) mediante manifestação do Senado Federal<sup>61</sup> formalizada através de resolução em que se estendam os efeitos da declaração difusa de inconstitucionalidade.

Mediante a definição destas premissas, firmaram-se as bases que sustentam a inconstitucionalidade como um vetor a ser analisado no sistema de precedentes brasileiros, seja ela reconhecida em controle concentrado ou difuso. Entretanto, quando a decisão judicial (re)afirma a constitucionalidade de um objeto contrastado em face da Constituição, a programação do sistema jurídico pode apresentar respostas distintas daquelas repercussões advindas da inconstitucionalidade. Por conseguinte, torna-se preciso verificar de que maneira concepção de constitucionalidade se faz presente na *ratio decidendi* e como ela influencia os juízos posteriores sobre o tema.

## 4.2 A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

Durante a avaliação de um objeto em contraste com os parâmetros constitucionais podem ser obtidos dois resultados: ele será compatível ou incompatível com a Constituição; no primeiro caso estar-se-á diante da constitucionalidade. Quando o magistrado exerce a

---

<sup>61</sup> Ou das Assembleias Legislativas nos casos julgados pelos Tribunais de Justiça.

interpretação de enunciados, para que seja definido o significado harmônico às estruturas do sistema jurídico, é preciso que ele examine a constitucionalidade das significações construídas a partir dos dispositivos normativos; somente após firmar a constitucionalidade do enunciado/norma é que ele(a) será conciliável ao sistema que lhe circunda. Todo ato de jurisdição é – antes de tudo – um ato de jurisdição constitucional; assim, a questão que surge é se esta assunção de constitucionalidade do objeto integra a *ratio decidendi* do julgado e, se a resposta for positiva, quais repercussões daí decorrem para a teoria dos precedentes.

É importante ressaltar que boa parte das manifestações/comunicações sujeitas ao controle de constitucionalidade gozam de presunção de conformidade aos parâmetros constitucionais, razão pela qual não haveria precisamente um “reconhecimento”, porém uma (re)afirmação da constitucionalidade<sup>62</sup> daquele objeto: ele é enunciado com a presunção de constitucionalidade e, mediante provimento judicial – concentrado ou difuso; incidental ou principal – posterior, ratifica-se esta presunção, mediante a inserção deste posicionamento na fundamentação e/ou dispositivo de uma decisão judicial.

Na estruturação processual brasileira o reconhecimento da constitucionalidade de um objeto pode ocorrer mediante controle difuso ou concentrado. Para se exercer procedimentalmente a forma concentrada há a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), que foi instituída no texto positivo da Constituição através da Emenda Constitucional nº 03/1993<sup>63</sup>, cujo escopo era servir como instrumento pelo qual o Supremo Tribunal Federal “avocaria para si toda decisão acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo à luz da relevância jurídica da questão e de grave lesão às instituições”, possibilitando que os legitimados obtivessem do Tribunal um pronunciamento definitivo acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Apurou-se que há força vinculante de certas decisões judiciais simplesmente por serem proferidas mediante rito de controle concentrado: a Ação Declaratória de Constitucionalidade é um deles. A procedência de uma ADC acarreta a vinculação dos juízos posteriores à ratificação de compatibilidade do ato normativo em face de Constituição Federal; em sentido

---

<sup>62</sup> No mesmo sentido, cf. BRAWERMAN, André. Ação Declaratória de Constitucionalidade: aspectos gerais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 21, p. 301-316, out./dez. 1997, p. 309; TEMER, op. cit., p. 28.

<sup>63</sup> Diversas pechas de inconstitucionalidade foram impostas à Ação Declaratória de Constitucionalidade quando de sua inserção no sistema brasileiro de controle concentrado, por violar a separação dos poderes, contraditório, devido processo legal, duplo grau de jurisdição etc. Apesar das manifestações doutrinárias iniciais, a compreensão atual – ratificada pelo Supremo Tribunal Federal – é no sentido da legitimidade deste instrumento processual no ordenamento brasileiro. Para uma visão mais ampla das críticas, cf. ATALIBA, Geraldo. Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 192, p. 361-362, abr./jun. 1993; HARGER, Marcelo. Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 23, p. 93-105, jul./set. 1998, p. 93-96.

diverso, a improcedência de demanda deste jaez implica na declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo controverso. Restou assentado que a decisão de procedência em Ação Direta de Inconstitucionalidade acarreta a vinculação dos juízos posteriores, pois atinge/afeta a validade de enunciado normativo (que será expurgado do ordenamento jurídico; nulificado); noutra giro, é preciso investigar, contudo, se a decisão de improcedência prolatada em ADI detém este mesmo efeito: de reconhecer de modo vinculante a constitucionalidade do ato normativo impugnado.

Esta celeuma decorre muito em função de manifestações doutrinárias no sentido de que a ação declaratória de constitucionalidade é uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado<sup>64</sup>, de modo que procedência de uma equivale à improcedência de outra e vice-versa<sup>65</sup>, como parece ter sido determinado pelo art. 24 da Lei Federal nº 9.868/99<sup>66</sup>. Embora esta corrente seja difundida, será demonstrado que a questão dos efeitos vinculantes não pode ser submetida a este reducionismo.

Este quesito inicial é composto pela situação em que proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ela é julgada improcedente; ocorre uma “não pronúncia de inconstitucionalidade”. Neste panorama surgem os seguintes objetos de verificação: a) se esta decisão equivale à declaração de constitucionalidade do ato normativo; e, b) se desta decisão decorrem efeitos vinculantes do *holding*.

Os procedimentos de ADI e ADC possuem restrições no que tange ao seu objeto: enquanto naquela podem ser contestadas leis ou atos normativos federais e estaduais, nesta apenas leis ou atos normativos federais podem ser aduzidos. O campo de atuação da ADC não engloba atos de outras esferas federativas, destarte, há um óbice procedimental de competência no que tange à rejeição da inconstitucionalidade<sup>67</sup> de lei estadual no bojo de uma ADI, portanto. Isto é, mesmo que se considerem ações ambivalentes/dúpliques, se a constitucionalidade da lei

---

<sup>64</sup> MENDES; BRANCO, op. cit., p. 1.236. No mesmo caminho, Dirley da Cunha Jr. Dispõe que isto ocorre em razão da natureza dúplique destas demandas; cf. CUNHA JR., op. cit., p. 270. Por sua vez, adotando posição distinta, Canotilho defende que embora semelhantes as ações, os efeitos entre o julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade são distintos: na primeira “a sentença positiva de inconstitucionalidade é uma decisão declarativa da inconstitucionalidade; a sentença negativa de inconstitucionalidade não declara nem fixa em termos definitivos e irreversíveis a constitucionalidade de qualquer norma” (CANOTILHO, op. cit., p. 912).

<sup>65</sup> Em exposição neste sentido Renata Adri defende que, numa visão global, o instrumento processual é apenas um, que procura atestar a conformidade ou desconformidade do ato normativo em relação à Constituição. Cf. ADRI, Renata Porto. Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 26, p. 193-209, jan./mar. 1999, p. 196-197.

<sup>66</sup> Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

<sup>67</sup> Lenio Streck utiliza a expressão “decisão de não pronúncia de inconstitucionalidade” para tratar deste tipo de decisão. Cf. STRECK, op. cit., p. 436.

não poderia ser verificada através do rito da ADC, não é legítimo que decisão de improcedência em ADI equivalha à declaração de constitucionalidade com efeito vinculante (estar-se-ia diante de agente comunicante não autorizado a promover manifestação neste sentido vinculante): os juízos posteriores ainda poderiam reputar tal ato normativo inconstitucional sem que, com isso, ferissem a autoridade dos julgados do Supremo Tribunal Federal.

Em relação aos atos normativos federais, abrangidos pela competência de ambas as ações, é necessário o abandono deste puro procedimentalismo. A improcedência de uma ADI pode, eventualmente, significar a declaração de constitucionalidade de um ato normativo federal, entretanto, isto não será um consectário insuperável. No controle concentrado, a parte vinculante não é constituída unicamente pelo dispositivo do acórdão; os demais elementos da *ratio decidendi* também a integram, de modo que a sua compreensão não pode ser apreendida em apartado desta premissa. Assim, se a declaração de constitucionalidade integrar as condições indeclináveis da improcedência da ADI (fazendo parte da *ratio decidendi*), esta compreensão normativa de pertencimento deve ter aptidão vinculante em relação às demais esferas judiciais<sup>68</sup>. Por outro lado, se ela não for fundamento determinante da improcedência, não deve exsurgir aspecto vinculante a partir desta decisão proferida em ADI (v.g. situação em que a ação é julgada improcedente por não atingir o quórum da inconstitucionalidade em razão do impedimento de Ministros).

Vê-se, desta maneira, que a declaração de constitucionalidade como um fator vinculante do controle concentrado pode se verificar pelos seguintes modos: a) decisão de procedência de ação declaratória de constitucionalidade; ou, b) decisão de improcedência em ação direta de inconstitucionalidade, quando o reconhecimento da inconstitucionalidade se fizer como um dos elementos contidos no *holding* do julgado. Além disso, salienta-se que, destas decisões, em que se declara a constitucionalidade do enunciado normativo, ainda será possível restrição do âmbito de incidência mediante as técnicas de interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução de texto: declarar a constitucionalidade de um dispositivo não é a mesma coisa que decretar que todas as (re)construções normativas possíveis de serem realizadas a partir dele são compatíveis com a Constituição. Ainda haverá espaço para interpretação das

---

<sup>68</sup> Canotilho adota posição contrária ao defender que as sentenças de rejeição da inconstitucionalidade não podem ter efeitos equivalentes àquelas que acolhem o pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade: “Não há, pois, que equiparar as decisões do Tribunal Constitucional que declarem a inconstitucionalidade de uma norma com as decisões que não a declaram. Estas não têm, por conseguinte, efeito preclusivo, pois não impedem que o mesmo ou outro requerente venha de novo a solicitar ao TC a apreciação da constitucionalidade da norma anteriormente não declarada inconstitucional” (CANOTILHO, op. cit., p. 993).

significações e significados lícitos/ilícitos; aliás, é neste campo que se desenvolvem as discussões sobre os eventuais efeitos vinculantes das decisões interpretativas.

De acordo com o art. 28 da Lei Federal nº 9.868/99 as decisões que realizarem interpretação conforme à Constituição e declaração parcial de nulidade sem redução de texto também são dotadas de efeitos vinculantes<sup>69</sup>. Em ambos os casos a decisão judicial testifica a constitucionalidade do enunciado normativo, ao mesmo tempo que fixa que determinadas significações do dispositivo são incompatíveis com os parâmetros constitucionais. Se estas decisões forem proferidas em ações de controle concentrado, a força vinculante deve ser entendida como um corolário, visto que há determinação normativa legítima, lícita e direta neste sentido. A dificuldade de definição das suas barreiras prospectivas surge quando os provimentos judiciais são expedidos no bojo do exercício de controle difuso de constitucionalidade.

O manejo destas técnicas decisórias no controle difuso dispensa a instauração do incidente de inconstitucionalidade promovido para concretizar a cláusula da reserva de plenário, uma vez que elas ratificam a constitucionalidade do ato normativo, em vez de contestá-la. Bem assim, os órgãos fracionários podem decidir pretensões que lhes são dirigidas e, no curso deste procedimento, realizarem a interpretação conforme a Constituição, por exemplo, fixando um sentido constitucionalmente adequado ao enunciado. Esta (re)construção normativa eventualmente estará inserida entre as justificações determinantes e imprescindíveis para a adoção de uma certa consequência jurídica reconhecida pelo magistrado; entretanto, será ela componente do *holding* do julgado e, em sendo, terá aptidão para vincular juízos futuros?

Estes tipos de sentenças intermediárias partem de pressupostos de superação da compreensão do Judiciário como mero legislador negativo no controle de constitucionalidade: aceita-se que a jurisdição é uma atividade criativa que, além de reconstruir os significados normativos, tem aptidão para fixá-los prospectivamente. Em ambos os casos o Tribunal estabelece significados/sentidos normativos dentro do âmbito daquilo que é possível

---

<sup>69</sup> José Sampaio classifica estas – entre outras – técnicas de “sentenças intermediárias”, com a pretensão de retirar do juiz a mera faceta de legislador negativo. Estas decisões promovem reconstruções do direito vigente, conferindo à jurisdição o patamar de fonte formal do sistema jurídico e são divididas em: a) normativas; e, b) transitivas. Aquelas são construtoras de normas gerais que outorgam novos significados a partir da compreensão de dispositivos positivados; por sua vez, as transitivas servem de ponte para a superação de momentos, a partir da realização de balanceamentos, promovem o simples conhecimento da inconstitucionalidade (sem impor imediatamente qualquer tipo de invalidez/invalidação), fazem apelos, datam a produção de efeitos ablativos etc. Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 189-191. Em sentido similar, a doutrina tem conferido diversas nomenclaturas a estes tipos de decisões, que perpassam do termo “aditivas” até “manipulativas”; cf. FERNANDES, op. cit., p. 1.568-1.590.

(compatível com as estruturas do sistema jurídico), num procedimento difuso e concreto de interpretação para definição de contornos normativo-constitucionais. Bem assim, as conexões semânticas realizadas estarão inseridas dentro da redoma dos elementos constitutivos da *ratio decidendi* e, assim, com aptidão para vincular.

Toda decisão judicial tem aptidão para esquematizar uma relação hipotético-condicional com pretensão prospectiva. Estes contornos e (re)construções linguísticas/comunicativas de causalidade normativa são formados por um ou mais “dever-ser” de implicação sistêmica<sup>70</sup>. Caso haja, dentro desta estruturação, determinações de interpretação conforme a Constituição e/ou declaração parcial de nulidade sem redução de texto, é viável que estas compreensões integrem os elementos essenciais do *holding* de provimentos jurisdicionais. Por conseguinte, caso este julgado seja posteriormente reconhecido como um precedente, estas sentenças intermediárias deverão ser observadas e, assim, ostentarão força vinculante, desde que não se descure das circunstâncias fáticas que deram origem ao provimento judicial<sup>71</sup>. Neste sentido, em controle difuso de constitucionalidade, somente será legítimo se outorgar efeitos vinculantes a estas técnicas decisórias caso os provimentos que as determinem sejam – no âmbito interno da própria jurisdição – reconhecidos como precedentes, em relação aos deveres de coesão, integridade e coerência no exercício da atividade judicante: de maneira que, no casos futuros, os órgãos judiciais estejam obstados de utilizar a significação reputada inconstitucional pelo órgão formador do precedente.

Destarte, tanto a inconstitucionalidade quanto a constitucionalidade podem servir de parâmetros vinculantes da jurisdição: o sistema de precedente permite que estes efeitos decorram – na medida do que fora exposto – tanto de procedimentos de rito concentrado quando de reconhecimento difuso. Além destes critérios de conformação da (in)constitucionalidade à teoria do precedente, faz-se imprescindível analisar a (im)possibilidade do *distinguishing* e *overruling* do *holding* firmado na (in)compatibilidade de um ato normativo e/ou norma jurídica à Constituição.

---

<sup>70</sup> Cf. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 24-36.

<sup>71</sup> Adotando posição contrária à defendida, Lenio Streck entende que a interpretação conforme à Constituição não deve ter efeito vinculante, uma vez que “o efeito vinculativo das decisões do Tribunal respeita apenas à interpretação da Constituição, não abrangendo a matéria da interpretação da lei. Numa palavra, embora os tribunais ordinários não possam considerar inconstitucional o sentido adotado pelo Tribunal Constitucional, isso não os impede de adotarem uma terceira interpretação igualmente conforme a Constituição, pois o Tribunal Constitucional Federal não está autorizado a estabelecer que uma determinada interpretação é a única correta” (STRECK, op. cit., p. 430).

#### 4.2.1 Aspectos temporais da declaração de constitucionalidade

Para a abordagem deste tópico é interessante que se inicie com o exame de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação nº 4.374 do Estado do Pernambuco. Em decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF, o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei Federal nº 8.742/93, em decisão dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Não obstante, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco adotou, em uma pluralidade de acórdãos, entendimento contrário aos critérios objetivos preestabelecidos no julgamento da referida ADI. Em face desta situação, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS propôs reclamação para demandar que a *ratio decidendi* estabelecida na ADI fosse cumprida, tendo em vista que os demais órgãos judiciais deviam observância aos preceitos nela contidos. Ao receber a reclamação, o Supremo Tribunal Federal promoveu o *overruling* do entendimento firmado na ADI e, então, reconheceu que houve a “inconstitucionalização”, por conta de modificação nos critérios fáticos (mormente em relação às políticas econômicas e sociais do Estado/governo) e jurídicos (diversas modificações legais acerca dos patamares econômicos que serviam de vetor interpretativo do significado do enunciado normativo). Neste sentido, reconheceu-se a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto de certos sentidos normativos.

O tempo é elemento condicionador da outorga de sentidos aos enunciados jurídicos, sejam eles constitucionais, legais, administrativos, privados etc. Além de condicionar a percepção inicial do sentido normativo e, assim, compatibilidade dele aos parâmetros constitucionais, este mesmo tempo pode servir para transformar – normativa e informalmente – os próprios parâmetros constitucionais<sup>72</sup>. Bem assim, o tempo é apto a influenciar na dotação de significados aos objetos e parâmetros afeitos ao controle de constitucionalidade: o que hoje é constitucional, amanhã pode não mais o ser; e, ao revés, o que atualmente é incompatível com a Constituição, pode vir a sê-lo em momento futuro<sup>73</sup>. Estas ideias devem permear a análise de

---

<sup>72</sup> Isso pode ocorrer principalmente através da mutação constitucional, que tem como um dos pressupostos de possibilidade a percepção de mudanças sociais cognoscíveis pelo sistema jurídico-constitucional. Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalhos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 344 et seq.

<sup>73</sup> Ao abordar a questão do tempo entre um subsistema social e o seu ambiente, Luhmann leciona que “em sua função de conectar futuro e passado, o presente pode ficar sob pressão. Também a medida de reversibilidade, que permite uma integração prevista entre futuro e passado, varia de sistema para sistema. Em sistemas sociais complexos, além disso, ocorre ao mesmo tempo pressão temporal e tempo vago, pressão temporal em algumas operações e tempo de espera em outra. Tudo isso conduz a problema temporais sistemicamente específicos, para os quais não há correspondências no ambiente do sistema (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução: Antonio C. Luz Costa. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 212).

como a (in)constitucionalidade de uma conduta ou norma jurídica deve ser percebida com fixação temporal e, também, com viabilidade de mudanças contingenciais.

No caso da reclamação acima apresentada alguns fenômenos interessantes podem ser vistos. O reconhecimento da constitucionalidade de um ato normativo (mesmo que por decisão procedência em ADC) atinge diretamente apenas o texto do dispositivo. A declaração do Supremo ficou circunscrita à compatibilidade de um enunciado legal aos parâmetros constitucionais. A vinculação não ocorreu imediatamente em relação a todas as normas jurídicas eventualmente (re)construíveis a partir da disposição/comunicação legal: manteve-se a compreensão de que – ocasionalmente – alguma (ou algumas) das significações contidas naquele significante poderiam ser (ou tornarem-se) inconstitucionais, mesmo que não tivesse ocorrido manifestação clara do Supremo Tribunal Federal sobre este assunto.

Em consonância com os pressupostos estabelecidos acerca dos efeitos vinculantes advindos do reconhecimento da constitucionalidade, é preciso asseverar que esta manifestação não torna automaticamente a integralidade das significações do enunciado compatíveis com a Constituição. A decisão do STF não impede a interpretação do dispositivo legal: juízos posteriores poderão reconhecer a inconstitucionalidade parcial qualitativa das normas (sem redução de texto) ali inseridas e/ou realizar interpretação conforme a Constituição; a vedação imposta pelo efeito vinculante é no sentido de que os demais órgãos jurisdicionais não poderão decidir pela inconstitucionalidade do próprio texto. Reforça-se: este tipo de decisão não impede o *distinguishing* a ser devida e necessariamente realizado por magistrados em casos futuros apresentados<sup>74</sup>; do mesmo jeito que ocorre com a legislação, também à jurisdição é impossível captar, numa comunicação enunciada, todos os fatos e circunstâncias específicas futuras que tenham relação com o texto manifestado no julgamento primário.

Os efeitos vinculantes destes provimentos judiciais não são impostos aos próprios órgãos prolores dos julgados: a eles é dado o direito de mudar de posicionamento. O tempo pode ser um dos fatores que desencadeie a mudança de entendimento, seja por alterações eminentemente jurídicas ou em função de outros subsistemas sociais<sup>75</sup>. Neste sentido, é viável que o Supremo Tribunal Federal realize a adequação decisória futura de um pretérito julgado vinculante. Na reclamação analisada, a primeira decisão vinculante era de procedência numa

---

<sup>74</sup> Logicamente também o próprio órgão que firmou o julgamento vinculante também poderá fazer o *distinguishing* em outros casos que lhe forem processualmente submetidos.

<sup>75</sup> Dada a abertura cognitiva do sistema jurídico, os fatores sociais, econômicos, políticos etc. podem gerar comunicações próprias que são também percebidas pelo Direito, conquanto o sistema jurídico compreenda estas mesmas comunicações a partir de códigos próprios de diferenciação (licitude/ilicitude). Inclusive, estas irritações recíprocas provocadas pelas comunicações sociais são, em forte elo com a autopoiese, condição do fechamento operativo do sistema jurídico. Cf. NEVES, 2012, op. cit., p. 62-64.

ADC, em que se declarou constitucional o texto do enunciado normativo. O segundo momento decisório é marcado por alterações de compreensão: o STF passou a expressar que, conquanto o texto permanecesse compatível com a Constituição, certas significações – não resguardadas no primeiro acórdão – dele afrontariam os parâmetros e, assim, asseverou-se que a medida correta seria adotar o reconhecimento da inconstitucionalidade/nulidade parcial sem redução de texto. Esta medida é uma forma de *overruling*, que se exalta (re)interpretando o próprio julgado e, assim, enunciando novo entendimento vinculante que deve ser lido em consonância e adição ao anterior.

Além dessa situação verificada na história do STF, também é de se questionar se o tempo pode alterar não apenas a compreensão de consonância das normas à Constituição, porém a compreensão do próprio texto submetido a julgamento. Isto é: um dispositivo reconhecido constitucional pode, em julgamento posterior da Suprema Corte, ser declarado inconstitucional? Ademais, o contrário também pode ocorrer?

No que tange à primeira situação, percebe-se que a declaração de constitucionalidade, malgrado eventualmente seja dotada de força vinculante, é submetida aos influxos do tempo. Tanto de maneira formal quanto informal o enunciado pode se tornar incompatível com a Constituição. Se for promulgada uma emenda constitucional que dê sentido oposto aos parâmetros que conferiam suporte jurídico à lei declarada constitucional, certamente esta deixará de sê-lo<sup>76</sup>. Noutra giro, embora sem mudança formal e direta do texto constitucional, é possível que o âmbito normativo de dispositivos constitucionais seja alterado e, assim, confira-se sentido distinto a normas (re)construídas a partir deles, cuja consequência seja a perda do suporte constitucional pelo objeto outrora reconhecido como compatível à Constituição. Sendo este o caso, o Poder Judiciário poderá/deverá realizar o *overruling* do precedente e, então, o tempo (melhor: o decurso do tempo e as repercussões da diferenciação sistema/ambiente) terá afetado o *status* de (in)constitucionalidade de um texto jurídico: o dispositivo legal inicialmente reconhecido como constitucional pela Suprema Corte, em decisão posterior, poderá ser tido como inconstitucional – a força vinculante não se confunde como “força petrificante”.

De outra banda, a segunda hipótese é bem mais problemática. Se o STF reconhecer, em decisão vinculante, o texto de uma lei como inconstitucional, este objeto será extirpado do

---

<sup>76</sup> Ressalta-se que, de acordo com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, este não seria um caso de inconstitucionalidade superveniente, porém de não recepção/revogação de lei por conta de novo estatuto constitucional.

ordenamento, posto que nulo<sup>77</sup>: “uma decisão que declara a inconstitucionalidade é uma decisão que ‘nadifica’”<sup>78</sup>. A decisão da Suprema Corte inquina a validade do ato normativo; não é possível que depois ela enuncie – de modo primário – novamente o texto expurgado: somente os agentes dotados de autoridade legislativa podem fazê-lo; o Judiciário não é competente para “ressuscitar” lei que outrora julgara inconstitucional. Este é um caso em que não se possibilita o *overruling*, uma vez que a decisão implica efeitos diretos no ordenamento: se não há mais nada naquele lugar, não cabe ao Supremo Tribunal Federal reavivar o ato normativo<sup>79</sup>. Por outro lado, não há qualquer óbice para que o Legislativo enuncie ato normativo dotado do mesmo texto ou similar, sem que isso implique em automática inconstitucionalidade, haja vista os influxos do tempo sobre o parâmetro constitucional.

Embora o fenômeno da inconstitucionalidade possa ter por objeto diversas coisas, o enfoque deste capítulo tem sido na (in)constitucionalidade de normas e atos normativos e as repercussões acerca da produção vinculante deles. O próximo item trata de outra vertente desse fenômeno, ligada à avaliação de condutas em face da Constituição: a abordagem será então direcionada à perspectiva da omissão.

#### 4.3 A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A inconstitucionalidade por omissão pode ser total ou parcial; esta distinção detém grande relevância no que concerne aos efeitos das decisões que as reconhece. Os métodos e efeitos práticos serão bastante determinados em função do que for concretamente demonstrado no caso cuja (in)constitucionalidade é avaliada. Veja-se: se a omissão for total, não há formalização de ato normativo capaz de albergar a regulamentação devida a mandamento constitucional positivo; por outro lado, se a omissão for parcial, existirá um ato normativo regulando as questões, conquanto de maneira incompleta/insatisfatória<sup>80</sup>. Ante estas diferenças,

---

<sup>77</sup> Não se olvida dos eventuais condicionamentos temporais – especialmente de ultratividade legal – que podem surgir das decisões de inconstitucionalidade, contudo, estes vetores serão analisados em tópico seguinte da pesquisa. Por esta razão, a explicação aqui inserida será restrita à percepção de lei inconstitucional como dotada de nulidade absoluta; *ab initio*, portanto.

<sup>78</sup> STRECK, op. cit., p. 385.

<sup>79</sup> Marinoni adota posição distinta ao defender que: “quando se percebe, com clareza, que dar eficácia vinculante a um precedente constitucional significa dar autoridade às decisões do STF, e não excluir uma lei do ordenamento jurídico, torna-se possível ver que, assim como as decisões de constitucionalidade podem ser revogadas, o mesmo pode ocorrer com as decisões de inconstitucionalidade. Ora, nada impede que uma lei, declarada inconstitucional em controle difuso, seja mais tarde, e a partir dos devidos pressupostos, declarada constitucional pelo STF” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 903).

<sup>80</sup> Cf. SEIXAS, Bernardo Silva de. **Inconstitucionalidade por omissão**: a proteção da Constituição contra o silêncio do legislador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 98-102.

as repercussões decisórias serão avaliadas de forma distinta para cada um destes casos, iniciando-se pela omissão total.

#### 4.3.1 Omissão total

Percebida a omissão total, reconhece-se um vazio legislativo sobre determinado assunto; abrem-se de início, portanto, duas possibilidades decisórias: a) reconhecimento da viabilidade de (re)construção normativa com fundamento no texto constitucional, a despeito da inexistência da determinada regulamentação infraconstitucional<sup>81</sup>; ou, b) simples enunciação da mora legiferante, reconhecendo unicamente a inexistência de ato normativo regulamentador, sem a construção de relação normativa concreta<sup>82</sup>. São necessárias algumas análises acerca destes dois formatos decisórios possíveis.

Em primeiro lugar, no que concerne ao tipo decisório “a”, é comum que – antes de estruturar um comando normativo para regulamentar a situação por conta da inexistência de legislação a respeito do tema – o Judiciário confira, ao órgão legiferante competente, prazo para que sane a omissão inconstitucional, elaborando enunciado normativo capaz de regulamentar esta situação<sup>83</sup>. Desta forma, há uma deferência à autoridade competente – como prevista pela

---

<sup>81</sup> Ressalte-se que, nem sempre, haverá aplicação imediata de norma jurídica reconstruída a partir deste processo judicial; é viável que o Judiciário cometa o dever de regulamentação – conquanto em caráter provisório – a outra autoridade comunicante: como é o caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) de nº 25, em que a Corte reconheceu mora na edição da Lei Complementar determinada pelo art. 91 do ADCT e, em seguida, fixou o prazo de doze meses para que o Congresso Nacional editasse o ato normativo; caso este prazo escoasse sem que o Parlamento tivesse sanado a mora, restou assentado que caberia ao Tribunal de Contas da União (TCU) regulamentar a matéria enquanto não fosse editada a referida lei. Assim, o suprimento judicial da falta de instrumentos normativos idôneos pode ocorrer de maneira imediata (através da construção judicial de norma jurídica no interior da demanda que lhe foi proposta) ou de forma mediata, com o cometimento de obrigações a autoridades comunicantes na enunciação das regras jurídicas que devem reger a situação, seja mediante a imposição de deveres legislativos definitivos ou provisórios.

<sup>82</sup> Em sentido distinto, Barroso leciona que à decisão que reconhece a omissão inconstitucional total abrem-se três possibilidades iniciais: “(a) reconhecer autoaplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente; (b) apenas declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la; (c) não sendo a norma autoaplicável, criar para o caso concreto a regra faltante” (BARROSO, 2016, op. cit., p. 57). A discordância em face deste posicionamento surge porque este trabalho adota como premissa a distinção entre texto e norma jurídica, de maneira que não há relevante diferença entre os casos “a” e “c”: se a norma jurídica é o resultado da interpretação de significantes normativos, não há falar em norma constitucional autoaplicável ou não (pela compreensão expressada por Barroso, parece que há um entendimento de que o texto – e não a norma em si – seria autoaplicável), visto que a (re)construção de qualquer delas dependerá – para a sua aplicação legítima e codificação sistêmica de lícita – de processo de outorga de significado ao cometimento normativo. Isto é, quando o Judiciário supre a omissão inconstitucional, haverá construção de norma cuja legitimidade decorre do procedimento seguido que, em qualquer caso, terá por suporte textual um enunciado da própria Constituição e trará, por consequência, nova enunciação no ordenamento, conquanto advinda de comunicação judicial; em contrapartida, quando o Judiciário apenas reconhece a omissão e constitui em mora o órgão legiferante, há uma enunciação judicial que reconhece sua própria incompetência para – naquele momento – construir elementos sistêmicos que se ligariam sintática e semanticamente a outras normas jurídicas, para que, assim, houvesse a resolução imediata da omissão inconstitucional.

<sup>83</sup> Veja-se, por exemplo, a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Injunção nº 283/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

Constituição – sem que, contudo, isto inviabilize em definitivo a concretização de regulamentação de mandamentos constitucionais (conquanto possa haver um prolongamento da demora na efetivação de direitos). Por outro lado, em relação à decisão que se restringe ao reconhecimento da mora regulamentadora, não há uma determinação de suprimento desta falha, de modo que ainda subsiste o “vazio” legislativo. Desta maneira, os aspectos mais relevantes para análise das repercussões processuais são: a) construção, ainda que temporalmente diferida, de parâmetro regulamentador da matéria objeto de omissão; ou, b) manutenção do estado de inexistência de enunciados regulamentadores, ocorrendo apenas cientificação de órgãos competentes.

Sendo o caso de restar estipulado um marco regulamentador (que até então não existia), este parâmetro serve como enunciação de dispositivo normativo. Os efeitos pessoais (se restrito às partes ou aplicável de maneira mais generalizada) e temporais (com retroatividade ou mera prospectividade do provimento jurisdicional) desta vinculação poderão variar de acordo com fatores individualizadores da decisão judicial, tais como o procedimento adotado, enunciações judiciais específicas e advento de ato normativo comunicado em momento posterior à decisão judicial.

Acerca do procedimento adotado é mister asseverar que a omissão inconstitucional pode ser reconhecida tanto em controle difuso quanto concentrado. Neste último caso são importantes considerações sobre os enunciados constitucionais e legais sobre o tema, além de correlações entre os efeitos que devem surgir a partir de decisão proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e as outras demandas de controle concentrado. O art. 103, § 2º, da Constituição dispõe que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias<sup>84</sup>”. Por seu turno, o art. 12-H, § 2º, da Lei Federal nº 9.868/99, determinou que se aplicasse, naquilo que houvesse compatibilidade, o regulamento concernente às decisões proferidas em sede de ADI e ADC.

À primeira vista, o dispositivo constitucional contém uma significação de que a sentença proferida em ADO serviria apenas para reconhecer a inconstitucionalidade da omissão e, em

---

<sup>84</sup> Tendo em vista que a inconstitucionalidade por omissão tem objeto amplo, abarcando atos de natureza regulamentar e também ausência de condutas legiferantes/administrativas puras, em certas ocasiões este prazo de trinta dias pode se demonstrar demasiadamente exíguo de maneira que, ao regular a matéria, o art. 12-H, § 1º, da Lei Federal nº 9.868/99, dispôs que “em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido”.

seguida, comunicar o órgão responsável acerca de sua mora em editar o respectivo ato normativo ou realizar providência substancial. Esta única significação seria incapaz de conferir efetividade aos comandos normativos/substanciais dirigidos aos órgãos estatais<sup>85</sup> e, então, para se outorgar a devida tutela constitucional das omissões, outras possibilidades decisórias e efeitos foram (re)construídos a partir dos dispositivos constitucionais e legais supracitados: a previsão de uma manifestação judicial declaratória não obsta que se profira uma de natureza constitutiva, mandamental etc., quando percebida que a meramente declaratória seria despicienda.

Por se tratar de uma demanda de controle concentrado, os efeitos vinculantes da ADO são congêntos à prolação do acórdão (art. 927, inciso I, do CPC). Também por conta de sua natureza concentrada, a eficácia subjetiva é geral (*erga omnes*). Deste modo, o reconhecimento da mora pelo STF vincula todos os demais órgãos jurisdicionais (nenhum deles poderá decidir no sentido de que não há vácuo regulamentador/material<sup>86</sup>) e, caso haja (re)construção de norma jurídica, as demais instâncias judiciais e administrativas estarão obrigadas ao seu cumprimento, até que – eventualmente – sobrevenha enunciado normativo da autoridade competente regulamentando a matéria. Bem assim, os efeitos vinculantes desta decisão impõem-se sobre o conteúdo da mora e a forma de sua resolução, contudo, não obstam nova regulamentação: o órgão responsável não perde sua competência de legislar sobre o assunto e tampouco fica vinculado ao conteúdo estipulado pela decisão jurisdicional de suprimento.

Resta claro, assim, que mesmo a decisão judicial que apenas reconheça a mora do órgão regulamentador tem aptidão vinculante: o provimento jurisdicional que atesta que há um atraso na edição/enunciação de ato regulamentador produz uma norma jurídica cujo functor deôntico é marcado pela proibição que outro órgão judicial decida que inexistam mora. Isto é, ainda que o

---

<sup>85</sup> Em crítica a esta previsão simplista, Marinoni entende que “ao não se conceber a elaboração da norma faltante ao Judiciário, confere-se ao Legislativo, implicitamente, o poder de anular a Constituição, retornando-se, assim, ao tempo em que a Constituição dependia da ‘boa vontade’ do legislador. Ora, não há como compatibilizar o princípio da supremacia da Constituição com a ideia de que esta pode vir a falhar em virtude da não atuação legislativa. Isso seria, bem vistas as coisas, dar ao legislador o poder de fazer a Constituição desaparecer” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 1.068). Em sentido similar, Gabriela Costa e Dirley da Cunha JR., defendem que as espécies decisórias possíveis na ADO são: a) decisão declaratória de efeito informativo; b) decisão declaratória de efeito mandamental; c) decisão normativa de efeito aditivo – consiste na aplicação analógica de medidas legislativas já existentes para solução do caso omissivo; e, d) decisão normativa de efeito de solução – o próprio Judiciário investe-se na concretização da pretensão, mediante a expedição/construção de ato normativo através de provimento jurisdicional. Cf. SILVA, Gabriela Costa; CUNHA JR., Dirley da. Efeitos das decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões do poder público. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 395-418, jan./abr. 2018, p. 403-416.

<sup>86</sup> Distinta é a situação caso o Supremo Tribunal Federal julgue improcedente a demanda e reconheça que ainda não há mora sobre aquele objeto. Uma decisão deste jaez nitidamente se submete aos influxos do tempo, de modo que – em momento posterior – um outro órgão jurisdicional pode reconhecer a mora, desde que fundamente que o decurso do tempo realizou alterações fático-jurídicas idôneas a esta percepção.

Tribunal não determine mediata ou imediatamente a edição de um ato normativo, ainda assim a sua decisão vincula no ponto que estipula a existência fática de uma mora.

No que tange ao controle difuso a maior relevância é encontrada no mandado de injunção, cujos efeitos da decisão estão previstos no art. 9º, da Lei Federal nº 13.300/2016<sup>87</sup>. Ordinariamente, a decisão proferida nesta demanda terá eficácia subjetiva limitada às partes (*inter partes*) e produzirá efeitos retroativos (*ex tunc*) até o advento da norma regulamentadora, seguindo panorama já estabelecido para as decisões em geral no controle difuso de constitucionalidade. Deste modo, a decisão de inconstitucionalidade da omissão somente se tornará um precedente – com força vinculante – se for reconhecida como tal por decisões judiciais posteriores; estarão submetidos aos efeitos vinculantes tanto o reconhecimento da mora normativa e/ou material quanto as enunciações eventualmente expressadas para a solução (temporária) dela: ao ser reconhecida como um precedente vinculante, os juízos futuros deverão observar a regulamentação firmada na decisão primária, sem que isto impeça, contudo, o *distinguishing*.

Excepcionalmente, a decisão proferida nos autos de mandado de injunção poderá incidir de modo *ultra partes* ou *erga omnes*; para que isto seja possível é imprescindível que o órgão julgador entenda que esta eficácia subjetiva seja inerente ou indispensável ao exercício do direito pretendido em juízo. Ainda que ocorra esta situação, o provimento jurisdicional não se tornará automaticamente um precedente vinculante, embora – por conta dos deveres coesão e integridade – os juízos futuros devam considerá-lo na resolução de casos. A eficácia subjetiva geral do provimento judicial não se confunde com efeitos vinculantes de decisão proferida: somente estes últimos são capazes de submeter os juízos futuros aos marcos normativos estabelecidos por sentença; por sua vez, a eficácia subjetiva *erga omnes*, por exemplo, aponta para os indivíduos que podem ser, eventualmente, regidos também por aquela sistemática. Vale dizer, também nesta situação, outorga de efeitos vinculantes ocorre pelo reconhecimento interno (pela própria jurisdição) de um caso paradigma como um precedente.

Não importa se a omissão foi sanada por meio de controle concentrado ou difuso, em qualquer dos casos, é legítima a superveniência de novos dispositivos jurídicos sobre a matéria,

---

<sup>87</sup> Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

§ 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

regulamentando o tema de forma diferente. Esta sucessão de paradigmas normativos acarreta fenômenos de (ir)retroatividade que merecem análise. A superveniência de ato normativo faz com que a incidência da norma construída judicialmente cesse; trata-se de sucessão de normas no tempo.

O art. 11 da Lei Federal nº 13.300/2016<sup>88</sup> regulamenta esta matéria para o mandado de injunção; todavia, os enunciados podem ser utilizados também para o controle concentrado, tendo em vista que os efeitos práticos das decisões nestes dois procedimentos podem ser equivalentes. O dispositivo dita que a norma regulamentadora superveniente, em regra, será irretroativa em relação aos beneficiados pela regulamentação judicial; excepcionalmente, caso as normas supervenientes sejam mais favoráveis aos beneficiados, elas retroagirão para atingirem os fatos jurídicos pretéritos. Sem embargo, ainda que seja mais prejudicial, a norma superveniente impedirá que a regulamentação judicial continue gerando eficácia, posto que insere no ordenamento um novo padrão normativo que deverá servir para as próximas (re)construções jurídicas.

Finca-se que a decisão que reconhece/declara a inconstitucionalidade da omissão total é capaz de estabelecer um marco vinculante para os demais órgãos judiciais. Isto ocorrerá sempre no controle concentrado e ocasionalmente no difuso. A vinculação será tanto em função da (in)existência da mora quanto acerca da eventual regulamentação da matéria (seja ela realizada diretamente por órgão judicial ou expedida por outro agente comunicante indicado). A decisão judicial, mesmo que vinculante, não obstará a edição de ato normativo e, assim como os demais provimentos judiciais que mantêm/inserem enunciados no sistema, também se submete aos influxos do tempo, em razão da abertura cognitiva que o direito tem em relação ao seu ambiente e também por conta dos acoplamentos – sejam eles estruturais ou ocasionais – existentes entre subsistemas sociais autônomos. O estudo passa agora à análise das omissões parciais e as repercussões advindas deste reconhecimento.

#### 4.3.2 Omissão parcial

Diferentemente do caso da omissão total, na omissão parcial há um ato normativo, todavia, este ato é insuficiente à regulamentação determinada pela Constituição<sup>89</sup>. Enquanto na

---

<sup>88</sup> Art. 11. A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos ex nunc em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

Parágrafo único. Estará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito.

<sup>89</sup> A omissão será parcial quando “o censurável silêncio transgressor do poder público ocorre somente em parte, ou seja, o poder público atua, mas de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente aos termos exigidos pela Constituição” (CUNHA JR., op. cit., p. 234).

omissão total parte-se de um vazio legislativo, na omissão parcial já há um certo preenchimento de espaço por enunciados e o que se busca é alargar o âmbito de incidência interpretativa dos dispositivos reputados inconstitucionais por não abrangerem o conteúdo devido. A pretensão dirige-se à prolação de uma sentença aditiva, cuja finalidade precípua é a correção de uma falha legislativa para que se confira tratamento equânime a alguma classe que fora excluída do regramento inicial<sup>90</sup>.

De acordo com Luís Roberto Barroso, para que se atinja a finalidade pretendida com as demandas que buscam tutela em face da omissão parcial, o Tribunal pode adotar três linhas decisórias distintas: a) reconhecer a inconstitucionalidade do ato normativo e, conseqüentemente, lhe declarar a nulidade; b) reconhecer a inconstitucionalidade do ato e, sem invalidá-lo, dar ciência ao órgão legislativo competente para adotar as providências necessárias; ou, c) estender à classe excluída os benefícios que foram outorgados normativamente aos demais<sup>91</sup>.

A primeira possibilidade aventada não é sempre muito efetiva na universalização satisfatória das situações jurídicas. Veja-se: se a lei x confere benefício às classes a e b, porém tenha indevidamente deixado de contemplar também a classe c, os pertencentes desta última casta dirigirão demanda judicial no intuito de obter o benefício; caso o Judiciário reconheça a inconstitucionalidade e anule o ato normativo, o resultado prático não será aquele querido pelos requerentes; ao revés, todas as três classes ficarão sem o benefício – embora haja uma concretização formal de igualdade, este tipo de resposta judicial não se coaduna com a pretensão ostentada pelos indevidamente excluídos. Por outro lado, caso a lei x impusesse um ônus em vez de um benefício, este tipo de resposta judicial, declarando a nulidade do ato normativo, seria bastante eficiente na finalidade pretendida, solucionando satisfatoriamente a contenda.

A segunda posição representa as decisões de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, que são espécies de sentenças transitivas que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma ou ato normativo, entretanto, não promovem a expulsão deste elemento do ordenamento/sistema jurídico, sob o fundamento de que a ausência de regulamentação acarretaria danos maiores que a manutenção da lei inconstitucional<sup>92</sup>. Além de reconhecer a

---

<sup>90</sup> CLÈVE, op. cit., p. 334.

<sup>91</sup> BARROSO, 2016, op. cit., 58.

<sup>92</sup> Cf. MEYER, Emílio Peluso Neder. **Decisão e jurisdição constitucional**: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 193-194.

ilicitude da omissão, o Tribunal científica da mora o órgão responsável e, em algumas ocasiões, confere um prazo para que ocorra o complemento da regulamentação.

Enfim, no terceiro caso, estar-se-á diante de uma sentença intermediária que interpreta um novo sentido normativo ao enunciado, com a intenção de abarcar categorias indevidamente alijadas daquele benefício<sup>93</sup>. A despeito de controversa, esta posição tem capacidade de resolver certas inconstitucionalidades surgidas em omissões parciais, fazendo com que as compreensões judiciais sejam acrescentadas (simultaneamente como normas e novos enunciados) aos significantes já postos no ordenamento, para que sejam interpretadas e aplicadas em conjunto na solução de demandas.

As premissas de vinculação entre controle concentrado e difuso na omissão total também devem ser adotadas à omissão parcial, de modo que tanto a definição da mora quanto a eventual regulamentação normativa devem ser observados pelos juízos futuros. Assim, as posições “a” e “c” foram abordadas no tópico imediatamente anterior, enquanto a posição “b” não se diferencia das inconstitucionalidades normativas vistas em itens anteriores do trabalhos, assim, aquelas disposições também se aplicam à declaração de inconstitucionalidade com nulidade em omissão parcial (até porque a omissão só é parcial porque existe uma comunicação, ainda que incompleta, enunciada).

Os tópicos deste capítulo analisaram o modo como qual o efeito vinculante se dá nos provimentos que ostentem reconhecimento de (in)constitucionalidade, seja por ação ou omissão. O próximo item analisará alguns aspectos que distinguem os precedentes que tenham como *ratio decidendi* a inconstitucionalidade dos demais precedentes ordinários.

#### 4.4 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

A inconstitucionalidade é um vício de incompatibilidade entre um objeto e parâmetros constitucionais; a repercussão ordinária deste fato é o reconhecimento da nulidade absoluta do objeto com efeitos desde o seu surgimento, entretanto podem existir temperamentos desta questão temporal e, também, efeitos anexos dela. A Constituição Federal alberga preceitos de segurança jurídica e, entre eles, está a coisa julgada; por um ponto de vista fático, é viável que haja coisa julgada fundamentada em objeto inconstitucional (surja ela do descumprimento de

---

<sup>93</sup> Há algumas situações em que o Poder Judiciário já se manifestou acerca da impossibilidade de adoção deste tipo decisório; é o que se percebe, por exemplo, do enunciado da Súmula Vinculante nº 37: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”. Entretanto, não se pode compreender que estará proibido em qualquer situação do manejo destas espécies decisórias; o que decorre é que existem precedentes e/ou decisões vinculantes que obstam a utilização destas técnicas em certos assuntos.

um precedente ou de reconhecimento posterior da inconstitucionalidade do ato normativo ou norma que fundamenta a sentença) e, neste sentido, ocorra conflito entre a força vinculante do precedente que verse sobre a inconstitucionalidade e, de outro lado, a proteção constitucional conferida à coisa julgada. Não é simples a maneira de resolver este problema; o presente item da pesquisa será direcionado à compreensão dos critérios normativos de solução do conflito de interesses jurídicos de cunho constitucional; abordar-se-á inicialmente os contornos da coisa julgada, sob os traços que são relevantes e necessários à análise do instituto da coisa julgada inconstitucional.

#### 4.4.1 Coisa julgada

O art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, aduz que a lei não prejudicará a coisa julgada. De acordo com o art. 502 do CPC “denomina-se coisa julgada material<sup>94</sup> a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. A coisa julgada é uma proteção normativa conferida aos atos judiciais que tem íntima relação com a segurança jurídica<sup>95</sup>. A defesa da coisa julgada tem a pretensão de estabilizar as relações processuais e impedir que intempéries alterem indevidamente as situações construídas processualmente: trata-se da “qualidade dos efeitos do julgamento final de um litígio; isto é, a imutabilidade que adquire a prestação jurisdicional do Estado, quando entregue definitivamente”<sup>96</sup>.

A coisa julgada é um efeito jurídico, porém não é necessária e unicamente um efeito da decisão: a sentença judicial é um dos elementos (não o único elemento) do suporte fático cuja consequência jurídico-prescritiva é o efeito coisa julgada (tanto a coisa julgada material quanto a formal). Neste sentido, a coisa julgada decorre das previsões positivadas do ordenamento que

---

<sup>94</sup> Analisando o Código de Processo Civil de 1973, com redação bem similar ao atual, Pontes de Miranda lecionava que: “a coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se, noutra processo, o que se decidiu. A alusão do art. 467 tinha de ser também à coisa julgada formal, e não só à coisa julgada material. O legislador só se referindo a coisa julgada material, entendeu que a adjetivação bastaria, uma vez que coisa julgada material contém aquela, ao passado que nem toda decisão dotada de eficácia de coisa julgada formal produz coisa julgada material” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 5. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975, p. 144). Noutra sentido, Marinoni defende que o fenômeno da coisa julgada se circunscreve ao aspecto material, uma vez que a coisa julgada formal produz efeitos unicamente endoprocessuais e, por conta disso, trata-se de preclusão (a extinção de uma posição jurídica processual) temporal. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante o procedimento comum**. v. 2. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 506

<sup>95</sup> A coisa julgada é um instituto de essência prática, que tem como maior finalidade assegurar estabilidade às tutelas jurisdicionais prestadas, garantindo que as normas jurídicas (re)construídas na sentença mantenham-se imutáveis. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (org.). **Doutrinas essenciais de processo civil**. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 678.

<sup>96</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 223.

suportam estas (re)construções normativas; não é algo congênito às decisões judiciais<sup>97</sup>. De qualquer forma, a coisa julgada tem aptidão para estabilizar relações e/ou situações jurídicas, com o fito de fomentar a concretização da segurança jurídica.

Sendo considerada um efeito jurídico, a coisa julgada é resultado da combinação de dois fatores: a) decisão judicial fundada em cognição exauriente<sup>98</sup>; e, b) trânsito em julgado desta decisão<sup>99</sup>. Tanto decisões singulares quanto colegiadas podem ser albergadas no âmbito de proteção da coisa julgada, tenham caráter de decisão interlocutória ou de sentença.

Os limites objetivos da coisa julgada são tema de relevante dissenso doutrinário; isto é, existem diversas posições buscando demarcar aquilo que efetivamente é tutelado/imunizado por este instituto de segurança jurídica reforçada. A primeira corrente analisada propõe, com fundamento no art. 504 do CPC<sup>100</sup>, que a coisa julgada se identifica com a parte dispositiva sentença, de modo que os fundamentos – retratados na causa de pedir – não serão albergados por esta proteção, a despeito de serem indispensáveis no reconhecimento do efetivo conteúdo da coisa julgada material<sup>101</sup>. Uma outra corrente doutrinária entende que a coisa julgada recai sobre a norma jurídica individualizada (re)construída para a solução do caso concreto, abrangendo todas as questões principais – excepcionalmente, também as questões prejudiciais, desde que preenchidos os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º, ambos do CPC –, sendo que estas são constituídas pelo conjunto de pedidos do autor e também do réu (identificados em

---

<sup>97</sup> No mesmo sentido aqui exposto: “A coisa julgada é efeito de um fato jurídico composto, do qual a decisão é apenas um dos seus elementos. A coisa julgada é um efeito jurídico que decorre da lei, que toma a decisão como apenas um de seus pressupostos. A decisão não é o fato jurídico da coisa julgada, que, por isso, não é efeito dela; a decisão compõe o fato jurídico da coisa julgada” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 529). Com lições similares, Antonio do Passo Cabral defende que a coisa julgada é um efeito sistêmico advindo do trânsito em julgado ou da preclusão das possibilidades recursais, e não imediatamente da sentença. Cf. CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 147-148.

<sup>98</sup> Em posição distinta, Cassio Scarpinella compreende que somente decisões de mérito são aptas ao trânsito em julgado e, assim, submetidas ao regime da coisa julgada; contudo, em certa semelhança ao que se expõe nesta pesquisa, entende também que apenas decisões prolatadas em rito de cognição exauriente podem ser submetidas à coisa julgada; tanto é assim que o art. 304, § 6º do CPC excepciona as situações de estabilização da tutela provisória antecipada. Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processo nos Tribunais e recursos. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 521-522.

<sup>99</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 530.

<sup>100</sup> Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

<sup>101</sup> Cf. ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 205-206; CAMARA, op. cit., p. 270. No mesmo sentido, Cassio Scarpinella entende que o trânsito em julgado fica restrito aos pedidos formulados pelo autor e/ou pelo réu, decorra daí o acolhimento ou rejeição deles, de forma integral ou parcial. Cf. BUENO, op. cit., p. 528-529.

consonância com as causas de pedir), além das manifestações deduzidas como contradireitos<sup>102</sup>. Alinha-se a esta última posição, tendo em vista que a decisão judicial é caracterizada como uma comunicação de autoridade que, ao (re)construir a norma jurídica a ser aplicada na resolução da demanda, insere também (novo) enunciado normativo no ordenamento, cuja compreensão da atividade jurisdicional só pode ocorrer pela conjunção dos elementos fáticos e jurídicos que integram a relação hipotético-constitucional descrita (prescritivamente) na sentença; assim, a coisa julgada deve recair na proteção dessa enunciação e dos componentes inseparáveis que lhe integram<sup>103</sup>.

Expressadas as definições mais relevantes para o entendimento da coisa julgada e estabelecidos os limites objetivos de incidência do instituto, é preciso entender como ocorre a sua relativização em função da inconstitucionalidade, mormente fundamentada nos dispositivos legais previstos no Código de Processo Civil, porém não se restringindo a análise apenas ao panorama legislativo sobre o tema.

#### 4.4.2 Relativização da coisa julgada pela inconstitucionalidade

Sem embargo do intuito estabilizador, a coisa julgada não é um vetor absoluto de insuperabilidade jurídica; existem fatores que detêm aptidão para derogá-la e, assim, desconstituir a presunção (relativa) de segurança e imutabilidade decorrente do provimento jurisdicional. Isto é, as significações iniciais surgidas da leitura dos dispositivos relativos à coisa julgada não podem ser tomadas de maneira isolada e, para a construção de efetivos significados jurídicos estruturados sintática e semanticamente como regras jurídicas completas<sup>104</sup>, é preciso que haja o contraste daquelas significações com os demais elementos do ordenamento/sistema. Diante do processo que deve ser seguido na construção definitiva de sentido normativo,

---

<sup>102</sup> Cf. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, p. 536-539. Para um desenvolvimento maior acerca de contradireitos, que não necessariamente precisarão ser manejados através de reconvenção/pedido contraposto para integrarem o objeto da demanda, confira: ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.374 et seq.

<sup>103</sup> Em parte de suas exposições sobre o tema, Marinoni, Arenhart e Mitidiero adotam entendimento doutrinário que se assimila à compressão expressada neste trabalho, ao defenderem que a coisa julgada deve se relacionar com o debate promovido entre as partes da demanda, tendo como seu objeto a relação jurídica de direito material deduzida/preendida em juízo; contudo, em momento posterior, na mesma obra, os autores alegam que a coisa julgada atingirá apenas a parte dispositiva da decisão judicial, embora aduzam que o dispositivo pode ser composto – num contexto argumentativo, dinâmico e cooperativo do processo – pelos pedidos das partes e resolução de questões prejudiciais, inclusive reconhecidas de ofício pelo magistrado. Cf. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 508-516.

<sup>104</sup> Parte-se da premissa de que não existe no ordenamento brasileiro direito ou interesse axiológica ou juridicamente absoluto; até mesmo os direitos fundamentais (como cláusulas pétreas) podem ser objeto de restrição eventual do seu âmbito de incidência através do manejo de técnicas decisórias de conferência de sentido final a partir de um conjunto de significações. Neste sentido, cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 343-344. Abordando tema similar, porém sob a perspectiva da regra/máxima/princípio/postulado da proporcionalidade, veja-se: ALEXY, op. cit., p. 276-340; SILVA, op. cit., p. 126-182; ÁVILA, 2013, op. cit., p. 182-197.

percebe-se que, aos efeitos de imutabilidade da coisa julgada, são sistematicamente opostos outros vetores de modificação do resultado: situações como a ação rescisória, *querela nullitatis*; impugnação com base na existência de erro material etc.<sup>105</sup>

A despeito de ser possível relativização por conta de outros fatores, o escopo deste item será a análise da coisa julgada inconstitucional reconhecida em defesa apresentada pelo executado<sup>106</sup>. Os parágrafos 12 a 14 do artigo 525 do Código de Processo Civil<sup>107</sup> tratam deste assunto ao versarem que se considera inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundada<sup>108</sup> em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tido pelo STF como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso<sup>109</sup>.

Nos itens anteriores do trabalho ficaram assentadas as maneiras pelas quais as decisões que tenham a inconstitucionalidade no seu *holding* vinculam a jurisdição, bem como as diferenças decorrentes dos regimes adotados pelas mais diversas formas de inconstitucionalidade. Todas as premissas estabelecidas devem ser aplicadas na configuração da coisa julgada inconstitucional e compreensão dos significados contidos nos dispositivos legais referentes a este instituto.

Inicialmente é preciso compreender em que sentido o instituto analisado torna o título inexigível. Para que a execução (ou cumprimento de sentença) possa ocorrer devidamente é preciso que esteja fundada em título executivo exigível; por seu turno, o título será exigível quando o “devedor tiver de cumprir imediatamente a obrigação que nele está contida. A obrigação contida no título será exigível se a sentença tiver transitado em julgado (cumprimento

<sup>105</sup> Cf. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 570-574.

<sup>106</sup> No Código de Processo Civil de 1973 estas previsões eram inseridas no art. 475-L, § 1º e art. 741, parágrafo único.

<sup>107</sup> Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: [...]

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; [...]

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

<sup>108</sup> A colocação deste signo no dispositivo legal tem a finalidade de aduzir que o óbice ao cumprimento/execução da sentença somente ocorrerá se houver correlação entre o objeto declarado inconstitucional e a matéria albergada pela coisa julgada; se a sentença se mantivesse inalterada a despeito da inconstitucionalidade reconhecida, não é viável a desconstituição dela e derrogação da proteção da coisa julgada; além do mais, esta previsão incentiva que as partes sejam previamente intimadas para se manifestarem acerca do instituto da relativização da coisa julgada naquele caso concreto. Cf. MARINONI; ARENHART; MTIDIERO, op. cit., p. 522.

<sup>109</sup> Tratar das questões da inconstitucionalidade dos enunciados normativos/normas jurídicas aqui.

definitivo) e não pender condição que iniba a execução”<sup>110</sup>. Neste sentido, inexigível é qualquer título judicial que, por qualquer motivo, não contenha estes requisitos: a inconstitucionalidade o torna inexigível porque afeta, com nulidade, os parâmetros normativos que davam suporte à obrigação jurídica representada no título. Determinar que o título executivo é inexigível, embora inicialmente acolhido pela coisa julgada, significa que a relação jurídica nele constituída (na forma sintática de um conseqüente prescritivo qualificado por um modal deôntico) não mais detém cogência normativa: a inconstitucionalidade inquinou de nulidade a pretensão formulada na norma jurídica (e também enunciado normativo) contida na decisão judicial transitada em julgado.

Esta inexigibilidade (da obrigação e, conseqüentemente, do título executivo) pode decorrer tanto da inconstitucionalidade do ato normativo quanto da inconstitucionalidade de uma norma jurídica (entendida como resultado da interpretação de significantes). Vale dizer, não somente as decisões do Supremo Tribunal Federal que atestem a inconstitucionalidade com redução de texto são efetivas na realização da coisa julgada, mas também aquelas que apliquem a interpretação conforme a Constituição ou imponham a declaração parcial de nulidade sem redução de texto. A percepção encampada legislativamente é no sentido de que a decisão judicial é um vetor de introdução de normas no sistema jurídico (o provimento jurisdicional enuncia novos significantes); por conseguinte, as obrigações surgidas da relação plurissubjetiva contida nestas prescrições estão sujeitas às irritações da inconstitucionalidade, seja ela percebida no próprio ato normativo ou nas maneiras de interpretá-lo. Assim, reconhece-se e supera-se a dicotomia entre texto e norma para aduzir que, em qualquer destes casos, o vício da inconstitucionalidade pode prevalecer num contraste realizado com a segurança jurídica da coisa julgada.

O dispositivo legal é expreso no sentido de que tanto decisões proferidas em controle concentrado como no difuso ostentam força para implicar este resultado de relativização da coisa julgada. O traço marcante e imprescindível destes provimentos da Suprema Corte é que detenham efeitos vinculantes; desta forma, a interpretação dada ao signo “difuso” deve ser restrita àquela que compreende apenas as decisões dotadas de efeitos vinculantes. Nem toda decisão no controle de constitucionalidade difuso – embora exarada pelo Supremo Tribunal Federal – é premida deste efeito cogente; para que tenha aptidão de relativizar a coisa julgada, portanto, é necessário que: a) haja norma jurídica dotando intrinsecamente aquela decisão no controle difuso de efeitos vinculantes (v.g. recurso extraordinário repetitivo); b) haja

---

<sup>110</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1.315.

reconhecimento judicial posterior daquela decisão paradigmática como um precedente vinculante; ou, c) haja manifestação do Senado Federal que outorgue efeitos vinculantes e eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso<sup>111</sup>.

De início o código marca um limite temporal em que a decisão do STF pode/deve incidir sobre a coisa julgada e obstar o cumprimento da sentença: determina-se, através do dispositivo prescrito no art. 525, § 14, do CPC, que a decisão da Suprema Corte deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda. Quando esta disposição é vislumbrada em conjunto com a significação dada aos signos “concentrado” e “difuso” do parágrafo 12, nota-se que a compreensão é no sentido de que a sentença judicial que transitou em julgado desrespeitou os efeitos vinculantes advindos da decisão de inconstitucionalidade (seja da norma ou do enunciado normativo) e, neste diapasão, houve *error in iudicando* e descumprimento dos preceitos de integridade e coesão, posto que o juiz deixou de observar *holding* com aptidão de vincular sua atuação. A pretensão aí contida serve para circunscrever a desconstituição da coisa julgada ao âmbito marcado pelo desrespeito ao precedente judicial vinculante: já havia o paradigma judicial estabelecido, cuja *ratio decidendi* deveria ter sido observada no julgamento do caso analisado; se a decisão adotada na situação não condiz com o entendimento do STF firmado em julgamento vinculante, há um vilipêndio à igualdade e à confiança de que casos iguais serão julgados da mesma forma (é uma premissa básica que dirige a igualdade jurisdicional sob um pontos de vista vinculante de certos provimentos).

Pela lógica do precedente, a enunciação legislativa contida no art. 525, § 14, do CPC reputa indevida e sujeita à relativização da coisa julgada a decisão proferida em desacordo com entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Sem embargo desta restrição temporal, o parágrafo 15 do mesmo artigo<sup>112</sup> promoveu um alargamento que finda na subversão deste sistema: permite-se a desconstituição do trânsito em julgado mesmo se a decisão do STF for posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, desde que se faça mediante ação

---

<sup>111</sup> Comungando do entendimento de que não é sempre necessária a resolução do Senado Federal para que a decisão proferida em controle difuso tenha esta capacidade de relativizar a coisa julgada, sem, entretanto, estipular outros requisitos e/ou possibilidades análogas, cf. DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de direito processual civil**: execução. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 544-545. Em sentido distinto, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery entendem que somente tem aptidão para incidir como obstáculo à exigibilidade de título gravado pela coisa julgada a decisão em controle difuso do Supremo Tribunal Federal que tenha sido chancelada pelo Senado Federal, na forma prevista pelo art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Cf. NERY JR.; NERY, op. cit., p. 1.319. Seguindo este entendimento, Georges Abboud defende que apenas os provimentos decorrentes do controle concentrado de constitucionalidade (não se incluindo a decisão de improcedência em ADC) permitem a conferência da pecha de inexigibilidade ao título executivo e, excepcionalmente, aquelas proferidas em controle difuso, desde que haja resolução do Senado Federal e não tenham recebido modulação de efeitos temporais *pro futuro*. Cf. ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 179

<sup>112</sup> § 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pela Suprema Corte (e não da decisão exequenda)<sup>113</sup>. Esta disposição legal reforça o entendimento do vício da inconstitucionalidade como fator que acarreta a nulidade absoluta (e desde o surgimento) do objeto contestado em face da Constituição. A escolha legislativa, numa primeira vista, confere uma importância maior à coerência de entendimento acerca da inconstitucionalidade quando em contraste com a estabilização de relações processuais<sup>114</sup> e, em última análise, segurança jurídica<sup>115</sup>.

Diante deste panorama, as seguintes considerações são assentadas em conformidade com a sistemática dos precedentes: a) a força vinculante dos precedentes que tenham a inconstitucionalidade como um dos elementos de sua *ratio decidendi* não encontra barreira no trânsito em julgado da decisão que tenha lhe desrespeitado; b) em certas ocasiões, a eficácia do precedente poderá ser retroativa, atingindo situações jurídicas transitadas em julgado antes mesmo da enunciação do precedente; c) a despeito de ser vislumbrada a inconstitucionalidade, a aplicação do precedente não deve ocorrer automaticamente, é necessário que magistrado promova a comparação das situações fático-jurídicas que marca(ra)m os eventos e, se for o caso, promova o *distinguishing*; e, d) percebida a possibilidade de *distinguishing*, o magistrado deve conferir às partes o direito de manifestação antes de promover a desconstituição da coisa julgada e obstar o seguimento da execução ou cumprimento de sentença

Através deste regramento conferido à coisa julgada inconstitucional, que pode ser afetada mesmo que a decisão que lhe originou tenha sido proferida antes da fixação do acórdão paradigma, percebe-se a relevância reforçada do precedente que tenha o reconhecimento de inconstitucionalidade de um objeto como parte integrante de seu *holding*. O efeito vinculante em si é bastante importante num sistema de precedentes que busca atingir coerência e integridade da aplicação do Direito. Não obstante, o uso irrestrito dos efeitos retroativos da

---

<sup>113</sup> Confere-se uma proteção maior à coisa julgada que surgiu antes do proferimento da decisão paradigma pela Suprema Corte, visto que, neste caso, não há uma violação da força vinculante do precedente; não há como se obrigar que os magistrados descubram como será o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em momento futuro. Cf. DIDIER JR. et al., op. cit., p. 545.

<sup>114</sup> Em crítica aos dispositivos legais, taxando-os de inconstitucionais, Nathália Silva defende que “a atual sistemática de impugnação ao cumprimento decorrente de declaração de inconstitucionalidade pelo STF, ao desbordar de uma situação que deveria ser excepcional, afronta o sobreprincípio da segurança jurídica, ao atentar contra a garantia fundamental da coisa julgada material, que é resguardada no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República contra irretroatividade de normas jurídicas posteriores” (SILVA, Nathália Ayres Queiroz da. Da coisa julgada inconstitucional e o comprometimento da segurança jurídica do contribuinte à luz do Novo CPC. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, São Paulo, v. 14, p. 51-71, set./out. 2018, p. 62).

<sup>115</sup> Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery contestam a constitucionalidade deste dispositivo legal; os autores reputam que este enunciado padece de inconstitucionalidade material, visto que – admitida a retroação para atingir sentença formada antes da fixação do paradigma – há violação do Estado Democrático de Direito e da garantia individual e/ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada. Cf. NERY JR.; NERY, op. cit., p. 1.320-1.321.

declaração de inconstitucionalidade pode causar danos de grande monta à segurança jurídica, razão pela qual o ordenamento previu temperamentos à aplicação *ex tunc* do precedente; o próximo tópico da pesquisa se encarregará desta investigação.

#### 4.4.3 Modulação dos efeitos temporais

De acordo com o art. 525, § 13, do CPC, o Supremo Tribunal Federal<sup>116</sup> poderá modular temporalmente os efeitos da decisão de inconstitucionalidade paradigma para que evite a incidência da desconstituição de coisa julgada, concretizando a norma de segurança jurídica e estabilização das relações processuais<sup>117</sup>. Bem assim, em conformidade com as leis que disciplinam o controle concentrado, podem surgir três cenários a partir da modulação temporal: a) estabelecimento de um marco temporal que restrinja os efeitos entre o momento da enunciação do ato normativo<sup>118</sup> e a prolação da decisão judicial que reconheça a inconstitucionalidade do objeto; b) conferência de eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade – com a especificação se ela será também aplicada ao processo analisado, caso se trate de controle difuso de constitucionalidade; ou, c) determinação de um marco futuro a partir do qual a decisão de inconstitucionalidade incidirá, de modo a resguardar todos os momentos passados até a data estipulada<sup>119</sup>.

Quando o Tribunal promover a modulação dos efeitos temporais das decisões esta comunicação integrará a norma jurídica (re)construída pela demanda e será enunciada como elemento do *holding*<sup>120</sup>. Por integrar a o conteúdo da *ratio decidendi*, a modulação dos efeitos

<sup>116</sup> Alerta-se para o fato de que a interpretação do dispositivo não deve ser levada ao entendimento de que caberia ao próprio do juiz da execução promover a modulação dos efeitos da decisão do STF; o que este artigo do Código de Processo Civil faz é estender legislativamente o entendimento jurisprudencial já consolidado de que a modulação dos efeitos temporais também é cabível no controle difuso de constitucionalidade, sendo realizada pela própria Suprema Corte e em atenção aos pressupostos formais e materiais inseridos no bojo do art. 27 da Lei Federal nº 9.868/99. Cf. SILVA, Nathalia, op. cit., p. 62-63.

<sup>117</sup> Uma vez que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é precipuamente declaratória – e não constitutiva –, a nulidade inquina-a desde o seu nascedouro, razão pela, se não houver modulação dos efeitos, ela terá eficácia *ex tunc*. Cf. CLÈVE, op. cit., p. 245. Em sentido similar, cf. CANOTILHO, op. cit., p. 875.

<sup>118</sup> Caso a modulação incida diretamente sobre a (re)construção de normas jurídicas, o termo inicial será o do ato normativo que dá suporte textual à proposição jurídica.

<sup>119</sup> Em sentido bastante similar, Olavo Ferreira leciona que o Supremo Tribunal Federal pode determinar que a decisão tenha “eficácia em período fixado entre a data posterior ao dia que tem início a vigência e outra data qualquer, a seu critério” (FERREIRA, op. cit., p. 75).

<sup>120</sup> Ao tratar sobre codificação e efeitos temporais, com modulação de efeitos, Vita defende que: “esta codificação é voltada a (re)construir o passado de programação/codificação imperfeita/inválida, produzindo a mudança de código daquela comunicação inválida, que passa a ser válida (para o passado) em decorrência do novo código (diverso do anterior) aplicado ao programa (geral o abstrato) originário e, posteriormente, aos programas (individuais e concretos) derivados, neste caso, através de comandos específicos (NICs (Normas Individuais e Concretas) revogatórias, normalmente sentenças judiciais). Cite-se que esta nova codificação, também, pode possuir uma programação específica que impeça a produção de efeitos retrospectivos, como no caso da decisão em ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) com efeitos *ex tunc* que determina que aqueles códigos/programas

também é dotada de força vinculante, razão pela qual os demais órgãos judiciais devem observância deste preceito temporal quando da prolação de decisões futuras. Embora não se impeça completamente o *distinguishing*, o juiz estará vinculado à decisão da Corte que determinou a incidência modulada da inconstitucionalidade; submeter-se aos marcos temporais discriminados no acórdão não é uma faculdade do juiz, porém um dever, cujo afastamento deve ser fundamentado e justificado precisamente as diferenças pontuais pelas quais a decisão paradigma não deve(ria) ser aplicada também ao caso atual. Pelo mesmo pensamento, a coisa julgada inconstitucional – quando defrontada com decisão de inconstitucionalidade submetida à modulação dos efeitos temporais – só poderá ser reconhecida se o caso analisado se firmar dentro do suporte fático temporal estabelecido pela decisão paradigma<sup>121</sup>.

Ao mesmo tempo que reforça a possibilidade de modulação de efeitos temporais, seja a decisão paradigma proferida em controle difuso ou concentrado, o dispositivo em comento impõe outra significação relevante: ante a expressa previsão do poder de modular os efeitos temporais, há uma prevalência de sentido que, em não sendo realizada a modulação pela Suprema Corte, as decisões que repute atos normativos/normas jurídicas inconstitucionais são dotadas de eficácia *ex tunc*. É necessário asseverar, ademais, que a modulação de efeitos não fica restrita à estipulação de data e/ou momentos específicos de incidência da inconstitucionalidade, é legítimo também que se expresse pela determinação subjetiva, objetiva e/ou circunstancial de elementos, situações ou indivíduos que não serão abrangidos por aquela decisão, desde que o sistema jurídico comporte justificação suficiente para esta aparente desequiparação formal<sup>122</sup>.

Neste diapasão, caso o STF decida por não modular a eficácia da inconstitucionalidade de um objeto, a compreensão decorrente deste dispositivo é que a Suprema Corte, avaliando a segurança jurídica como um dos fatores na construção de um significado normativo, entendeu que a enunciação deveria ser aplicada de maneira retroativa. Não se permite ao juiz submetido ao precedente vinculante simplesmente discordar do entendimento do STF; a sistemática dos precedentes lhe impõe o dever de aplicar a *ratio decidendi* firmada no acórdão paradigma,

---

(NICS) antigos devem ser perenizados/imutáveis para o sistema do passado e do futuro, a exemplo” (VITA, op. cit., p. 65).

<sup>121</sup> Fixada pelo Supremo Tribunal Federal um momento/data em que os efeitos da inconstitucionalidade causarão repercussões processuais, as alegações de inexigibilidade do título executivo somente poderão ser deduzidas se a decisão executada houver transitado em julgado durante o período abrangido. Cf. DIDIER JR., et al., op. cit., p. 540.

<sup>122</sup> Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v. 53, p. 29-41, 2003, p. 34-40.

mesmo que ele não goste do seu resultado, pois a coerência e integridade determinação esta construção normativa.

Diante do exposto, compreende-se que fora conferido ao Supremo Tribunal Federal a prevalência da opção acerca da interferência de seus julgados que declarem a inconstitucionalidade de um objeto sobre a coisa julgada dos demais órgãos jurisdicionais. A partir do momento que lhe é outorgada a competência de, além de reconhecer a inconstitucionalidade, atribuir efeitos temporais e/ou circunstanciais distintos<sup>123</sup>, lhe cabe também a primazia sobre o destino da estabilização processual de decisões tomadas em sentido contrário. Estas previsões normativas, a despeito de controversas quando avaliadas sob o prisma do âmbito de proteção da segurança jurídica, expressam manifestações que reforçam a repreensão jurídica que os atos inconstitucionais sofrem do ordenamento: demonstra-se a cogência da Constituição sobre a produção de atos normativos e/ou (re)construção de normas jurídicas.

Ao mesmo tempo, a conduta que viabiliza a modulação de efeitos, garante que a segurança jurídica – embora ocasionalmente contrastada com a inconstitucionalidade – também é um vetor axiologicamente relevante para a sociedade, de modo que também merece proteção. Equalizar estes dois baluartes do Estado Democrático de Direito é uma função que é conferida também (mas não única e exclusivamente) ao Poder Judiciário na concretização das pretensões e expectativas legislativas/normativas, quando estes órgãos atuam na (re)construção de normas jurídicas e enunciação de novas comunicações que servirão para o desenvolvimento constante do sistema jurídico.

---

<sup>123</sup> É viável que estes efeitos, por exemplo, decidam por retirar do âmbito de incidência da *ratio decidendi* enunciada os casos que já estejam submetidos à coisa julgada: trata-se de uma situação que modula a incidência da inconstitucionalidade em prestígio à segurança jurídica.

## CONCLUSÃO

A jurisdição é uma atividade que transborda a mera aplicação de um direito já posto; ao resolver a demanda que lhe é proposta, o juiz (re)constrói a norma jurídica do caso concreto – mediante um processo de conferência de significados aos enunciados normativos sistematicamente relacionados – e aplica-a na solução da demanda. Além da construção da norma concreta, o juiz – através da *ratio decidendi* (*holding*) – comunica novos enunciados com pretensões prospectivas, marcados linguisticamente numa forma prescritiva de uma relação hipotético-condicional entre dois ou mais sujeitos, cujo antecedente fático é formado pelos eventos relevantes desvelados na decisão e o conseqüente normativo é constituído por uma relação qualificada por modal deôntico.

O *holding* é externado como a solução da matéria decidida no curso da demanda; estrutura-se linguisticamente como uma ou mais proposições/comunicações que fundamentam/justificam a decisão judicial e é composto pelos seguintes elementos: a) definição dos fatos relevantes; b) racionalidade lógica e jurídica da construção normativa; e, c) juízo decisório.

A aplicação da *ratio decidendi* dos precedentes não ocorre direta e inarredavelmente pela subsunção; o magistrado que observará a norma judicialmente enunciada deverá compreendê-la como integrante de um sistema jurídico, para cuja aplicação concreta é imprescindível a outorga de significado específico e análise correlativa e comparativa entre o caso atualmente julgado e a decisão paradigma.

Conferida força vinculante ao precedente, determina-se ao juiz o dever de observância dos signos normativos nele contidos; pelos deveres de integridade e coerência, veda-se que o magistrado ignore/releve o precedente ao seu talento.

Sem embargo da vinculação, ainda se mantém legítima a possibilidade do *distinguishing*, em que o juiz – examinando as circunstâncias fáticas e jurídicas que compõem a *ratio decidendi* – compreende que ao caso atual não devem ser aplicadas as regras estipuladas na decisão paradigma, por conta de diferenças no antecedente fático previsto no precedente e as nuances que individualizam a demanda concretamente analisada. Além do *distinguishing* é preciso ver também o *overruling* como ferramenta em que o precedente, ainda que reconhecido, não será aplicado; através deste instrumento, retira-se força vinculante de um precedente e o substitui por outro, numa atividade derogatória e de mudança de entendimento, motivada por: a) compreensões sistêmicas que apontem, no estado atual, incongruência entre o precedente e

as estruturas jurídico-sociais; ou, b) perda da coesa jurídica entre o precedente o sistema jurídico em que ele deve se inserir.

Não sendo o caso de *overruling* ou *distinguishing* o precedente deve ser aplicado, de modo que a *ratio decidendi* tenha força vinculante e capacidade de modular a compreensão jurisdicional sobre determinado assunto, imprimindo coesão e integridade à organização judicial.

A inconstitucionalidade de um objeto pode ser um dos elementos formadores da *ratio decidendi* do precedente judicial e, então, vincular os juízos futuros assimilados à (re)construção normativa que lhe envolve.

Em conformidade com o sistema de referência adotado por este trabalho, entende-se o fenômeno da inconstitucionalidade como o resultado negativo da análise comparativa entre um objeto (conduta e/ou norma jurídica) e o conjunto dos parâmetros constitucionais (normas jurídicas [re]construídas a partir do rol de enunciações dotadas de formalidade constitucional).

De modo amplo, qualquer instrumento jurídico utilizado para avaliar a (in)constitucionalidade de um objeto é aceito como controle de constitucionalidade; não há monopólio jurisdicional acerca desta matéria. O controle judicial de constitucionalidade, entretanto, assume papel central na organização política, social e jurídica do Estado, especialmente quando se entende que os precedentes surgem da jurisdição e, precipuamente, se direcionam também à jurisdição (seja ela pública ou privada).

A verificação de conformidade constitucional realizada pelo Judiciário pode abranger vários critérios (sejam de cunho formal ou material; por ação ou omissão; concreto ou abstrato), ocorrer por diferentes formas processuais (concentrado ou difuso; principal ou incidental) e ter como resultado inúmeras modalidades decisórias. A gama de resultados decisórios possíveis no reconhecimento da inconstitucionalidade por meio de um processo judicial tem como repercussão, na sistemática dos precedentes, do mesmo modo, uma grande variedade de espécies vinculatórias. Cada uma das espécies vinculatórias se exaltarão de forma distinta na *ratio decidendi* e apresentará, também, variadas formas de observância pelos juízos futuros.

A declaração de inconstitucionalidade sobre a integralidade um enunciado normativo acarreta a compreensão do texto inquinado como um “não direito”; a atuação judicial como “legislador negativo” impõe a formulação de um precedente que obste a utilização do enunciado eivado para a (re)construção de normas jurídicas.

O reconhecimento da inconstitucionalidade que acarrete a declaração de nulidade de parte do enunciado ainda mantém parcela do texto no ordenamento; entende-se, nessa situação, que o *holding* é juridicamente percebido como ferramenta de reestruturação sintática de

significantes, cuja consequência é a estipulação de novos vetores semânticos na construção de significados jurídicos prescritivos, atuando como limitador de sentidos lícitos.

Nas situações em que precedente, a despeito de manter intacto os dispositivos, atinge a inconstitucionalidade de normas jurídicas neles contidas, as expressões da *ratio decidendi* são no sentido de obstar (re)construções incompatíveis com a Constituição, malgrado ainda se permita o uso da organização sintática do enunciado, desde que o plano semântico não contrarie o entendimento fixado (positiva ou negativamente) no precedente.

As omissões inconstitucionais reconhecidas judicialmente também integram o *holding* do precedente; a superação da inércia ilegítima pode dar azo a múltiplas resoluções jurisdicionais. Diante do amplo leque decisório conferido à superação da omissão, as repercussões da *ratio decidendi* devem ser observadas casuisticamente (podem variar desde a simples vinculação acerca da mora, impedindo proferimento de juízos distintos, até a enunciação de atos jurídicos regulamentares – diretamente pelo Judiciário ou por outros órgãos judicialmente legitimados), uma vez que as sentenças intermediárias possíveis apresentam diversas formas de cumprimento e/ou submissão pelos demais órgãos jurisdicionais.

Em qualquer destes casos, se houver modulação de efeitos, ela recairá diretamente nos deveres de observância advindos do precedente judicial, uma vez que as limitações por ela impostas servem de baliza à compreensão e aplicação da parte decisória vinculante; a *ratio decidendi* não pode ser apartada da modulação realizada no caso paradigma. Entende-se que a possibilidade de modulação (mesmo temporal) dos efeitos da decisão judicial não modifica a percepção deste comando como uma declaração de nulidade absoluta, posto que a modulação insere um novo tópico decisório que impõe situação (temporária) de ineficácia técnico-sintática positiva no que tange ao reconhecimento da invalidade, sem que, contudo, haja interferência nos critérios de definição conotativa desta classe.

A forma de reconhecimento processual da inconstitucionalidade tem grande influência na força decisória do precedente; ser o controle realizado de maneira concentrada ou difusa implica na dotação *prima facie* – ou não – de efeitos vinculantes à *ratio decidendi* contida nestas decisões.

Há norma jurídica que dota congenitamente de efeitos vinculantes as decisões sobre a inconstitucionalidade proferidas em sede de controle concentrado, razão pela qual ao *holding* destas decisões – a despeito da (in)existência de manifestações judiciais posteriores – são conferidos efeitos vinculantes ao demais órgãos judiciais que não o próprio Supremo Tribunal Federal.

Adota-se neste trabalho a compreensão de que o controle de constitucionalidade difuso se submete a regime jurídico bastante distinto; as decisões surgidas mediante procedimento desta estirpe serão dotadas de efeitos vinculantes quando: a) se tratar de recurso submetido ao rito repetitivo; b) a própria jurisdição, em decisão posterior, reconhecer a decisão paradigma como um precedente; ou, c) o Senado Federal expedir resolução que confira efeitos gerais ao reconhecimento da inconstitucionalidade de enunciado/norma jurídica.

O exame da (in)constitucionalidade de um objeto pode ter como resultado também a declaração de conformidade deste à Constituição e, portanto, o reconhecimento da sua constitucionalidade; esta afirmação também é dotada de aptidão para integrar o *holding* de provimento jurisdicional, que será dotado de força vinculante quando: a) se tratar de decisão procedência em Ação Declaratória de Constitucionalidade; b) houver decisão de improcedência em Ação Direta de Inconstitucionalidade, desde que, o reconhecimento da constitucionalidade seja objeto do debate e integre a *ratio decidendi*; ou, c) expressada em controle difuso, for compreendida como um precedente através de manifestação judicial posterior.

Em qualquer dos casos de declaração da constitucionalidade, por não haver extirpação do texto do dispositivo, é viável que em momento futuro – em razão de incongruências ao sistema jurídico que envolve os atos normativos/normas jurídicas – a codificação conferida ao objeto mude: de lícita para ilícita, sem que isto seja considerado um desrespeito à força vinculante do precedente. Noutro giro, caso seja declarada a inconstitucionalidade, não será possível se promova judicialmente o “reingresso” do enunciado (reconhecido nulo) ao ordenamento jurídico, em razão das repercussões sintáticas promovidas mediante esta decisão.

O precedente que tenha como *ratio decidendi* a inconstitucionalidade ostenta uma força vinculante reforçada ao passo que pode atingir a coisa julgada firmada em demandas que lhe contrariem. A decisão paradigma pode influenciar na continuidade/interrupção de execução judicial e/ou cumprimento de sentença cujo título executivo seja fundamentado em obrigação reputada inconstitucional.

De acordo com os preceitos legais que regulamentam a matéria, esta inclusão de óbice independe da sucessão temporal entre formação da coisa julgada e expedição da decisão paradigma, sem embargo: a conotação vinculante desconstitutiva da eficácia do trânsito em julgado pode ser modulada em respeito à segurança jurídica. A coisa julgada inconstitucional é influenciada pelas decisões vinculantes sobre o assunto e, se não houver modulação destas, poderá ser afetada pelo controle concentrado ou difuso.

A decisão judicial que tenha como elemento de seu *holding* o reconhecimento da (in)constitucionalidade de um objeto é capaz de impor-se aos demais juízos e, mediante efeitos

vinculantes reforçados pelo ordenamento jurídico, modular a (re)construção e aplicação jurisdicional de normas.

A (in)constitucionalidade – em razão do modo como cria, modifica e extingue elementos do sistema jurídico – impõe parâmetros a serem observados na concretização do processo decisório jurisdicional, formulando preceitos a serem observados na (re)construção de significados normativos a partir dos enunciados normativos.

Os objetivos da pesquisa foram alcançados, através da compreensão da relação existente entre a adoção de uma sistemática – ainda que peculiar – de precedentes/decisões vinculantes e dos mais variados modos de exercício de controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro, demonstrando-se as peculiaridades que se fazem presentes quando o fenômeno da (in)constitucionalidade compõe parte da *ratio decidendi* do provimento jurisdicional.

Por meio do sistema de referência adotado, demonstrou-se a necessidade de modificar alguns paradigmas jurídicos na definição de institutos; além disso, restou evidente que há no direito brasileiro uma estruturação e/ou organização bastante peculiar de um conjunto de precedentes e decisões vinculantes, especialmente quando tenham por objeto a declaração de inconstitucionalidade, que precisa ser observado para a correta (re)construção normativa e solução de demandas judiciais.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. *In*: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ADRI, Renata Porto. Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 26, p. 193-209, jan./mar. 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v. 53, p. 29-41, 2003. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3NQ%2C%2C>. Acesso em: 29 jun. 2020.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Hemus Editora, 2005.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 236, p. 279-301, out. 2014.

ATALIBA, Geraldo. Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 192, p. 361-362, abr./jun. 1993.

ATIENZA, Manuel; NASCIMENTO, Roberta Simões. A propósito do novo código de processo civil brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 3-15,

set./dez. 2017. Disponível em:  
<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2322>. Acesso em: 29 jun. 2020.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 46, p. 38-71, jan./jul. 2015. Disponível em: [http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo2\\_46.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo2_46.pdf). Acesso em: 29 jun. 2020.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFMG**, Belo Horizonte, n. 7, p. 45-63, 1967. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/941>. Acesso em: 29 jun. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica de jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BRADLEY, A. W.; EWING, K. D. **Constitutional and administrative law**. 14. ed. New Jersey: Prentice Hall, 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 44, p. 189-220, jan./jul., 2014. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo9.pdf>. Acesso em 29 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em: 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 13.300, de 23 de junho de 2016.** Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm). Acesso em: 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2/DF.** Requerente: Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – FENEN. Requerido: Presidência da República. Relator: Min. Paulo Brossard, 06 de fevereiro de 1992. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266151>. Acesso em 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.662-7/SP.** Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Requerido: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Maurício Corrêa, 30 de agosto de 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266717>. Acesso em 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ.** Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI. Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta Inconstitucionalidade nº 3.470/RJ.** Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI. Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 361.829/RJ**. Embargante: Município do Rio de Janeiro. Embargado: Ação S/A Corretora de Valores e Câmbio e Outros. Relatora: Min. Ellen Gracie, 02 de março de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609543>. Acesso em 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Injunção nº 283/DF**. Impetrante: Alfredo Ribeiro Daudt. Impetrados: União Federal e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 20 de março de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>. Acesso em 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 24.642/DF**. Impetrante: Onyx Lorenzoni. Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Carlos Velloso, 18 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86168>. Acesso em 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 32.033/DF**. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrados: Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>. Acesso em 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949-0/RS**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 18 de novembro de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347344>. Acesso em 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Reclamação nº 1.987-0/DF**. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Relator: Min. Maurício Corrêa, 01 de outubro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>. Acesso em 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Reclamação nº 4.335/AC**. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Reclamação nº 4.374/PE**. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Reclamado: Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário nº 122.202-6/MG**. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorridos: Emerson Tardieu de Aguiar Pereira e Outros. Relator: Min. Francisco Rezek, 10 de agosto de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207468>. Acesso em 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 266.994/SP**. Recorrente: Câmara Municipal de Teodoro Sampaio. Recorrido: Ministério Público Estadual. Relator: Min. Maurício Corrêa, 31 de março de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259195>. Acesso em 29 jun. 2020.

BRAWERMAN, André. Ação Declaratória de Constitucionalidade: aspectos gerais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 21, p. 301-316, out./dez. 1997.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181304/000393215.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRUM, Francisco Valle. **Decisão judicial**: complexidade, justificação e controle. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processo nos Tribunais e recursos. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

\_\_\_\_\_. Imparcialidade e Imparcialidade: or uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 231, p. 413-438, mar. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARNEIRO, Tânia Aoki. Efeito vinculante das decisões em Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 161, p. 179-201, jul. 2008, p. 179.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais; a relação processual ordinária de cognição**. v. 2. 3. ed. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Tiago Elder. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 59, p. 367-404, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/159/147>. Acesso em: 29 jun. 2020.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. New York: Oxford University Press, 1991.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Belknap Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Editora Método, 2003.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 782, p. 90-96, dez. 2000.

GARAPON, Antoine; PAPOULOS, Ioanis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada. Tradução: Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas supremas cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadores de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo código de processo civil – CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 258, p. 357-385, ago. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

HARGER, Marcelo. Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 23, p. 93-105, jul./set. 1998.

HIGASHIYAMA, Eduardo. Teoria do direito sumular. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 200, p. 71-124, out. 2011.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução: Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução: Roberta Camineiro Baggagio. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

LAZARI, Rafael José Nadim de; RAZABONI JR., Ricardo Bisto. A modulação de efeitos no controle difuso de constitucionalidade: análise com base em caso concreto. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 105, p. 15-28, jan./fev. 2018.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. O Novo Código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais. *In*: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução: Antonio C. Luz Costa. Petrópolis: Vozes, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *In*: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *In*: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante o procedimento comum. v. 2. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr. 2011.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Decisão e jurisdição constitucional**: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 6. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 10-11.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 37, v. 206, p. 61-78, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (org.). **Doutrinas essenciais de processo civil**. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal comentada**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil** – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 179-208, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v62p179/249>. Acesso em: 29 jun. 2020.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 263, p. 335-396, jan. 2017.

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. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 2, p. 205-226, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/941/pdf>. Acesso em: 29 jun. 2020.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 248, p. 331-355, out. 2015.

PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. Os precedentes judiciais e os mecanismos de sua flexibilização e superação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 290, p. 373-410, abr. 2019.

PINTO, Roberto Bueno. Carl Schmitt x Hans Kelsen: defensor ou senhor da Constituição? **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 103-136, set./dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/42346>. Acesso em: 29 jun. 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 5. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 6. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. t. 4. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p.107-108.

SALES, Tainah Simões; MARTINS, Luana Adélia Araújo; ACÁCIO, Ingrid Thayná de Freitas. As mutações constitucionais inconstitucionais e o “efeito *backlash*”. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 178-192, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/30854/25138>. Acesso em: 29 jun. 2020.

SALGADO, José María. Precedentes y control de constitucionalidade en Argentina. *In*: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Ramon Ouais; PUGLIESE, William Soares. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 272, p. 375-396, out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2018.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SEIXAS, Bernardo Silva de. **Inconstitucionalidade por omissão: a proteção da Constituição contra o silêncio do legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Gabriela Costa; CUNHA JR., Dirley da. Efeitos das decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões do poder público. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 395-418, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3173/3545>. Acesso em: 29 jun. 2020.

SILVA, Nathália Ayres Queiroz da. Da coisa julgada inconstitucional e o comprometimento da segurança jurídica do contribuinte à luz do Novo CPC. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, São Paulo, v. 14, p. 51-71, set./out. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Yuri de Oliveira Dantas. **Anulação e controle das normas jurídicas: uma análise a partir da ação direta de inconstitucionalidade**. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2017.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalhos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em: 29 jun. 2020

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TAVARES, Caroline. **Ratio decidendi e o sistema de precedentes no Novo CPC**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo Código de Processo Civil: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

\_\_\_\_\_. O regime do precedente judicial no novo CPC. *In*: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

VALLE, Martim Della. **Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

VITA, Jonathan Barros. **Teoria geral do direito: direito internacional e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. *In*: DIDER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. **Cuadernos Jurídicos ius et Tribunalis**, Lima, Peru, a. 1, n. 1, p. 31-49, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://journals.continental.edu.pe/index.php/iusettribunalis/article/view/383>. Acesso em: 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da jurisprudência persuasiva como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, p. 293-349, set. 2014.

ZANOTTI, Bruno Taufner; COURA, Alexandre de Castro. Mutação constitucional e a ampliação de poderes do (e pelo) Poder Judiciário: reflexões acerca dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Rcl nº 4335. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 14, n. 6, p. 173-185, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2981>. Acesso em: 29 jun. 2020.