

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

LUCAS PI CAMPANELLI

**Aproximação entre os controles de constitucionalidade
concentrado e difuso e a sua aplicação prática em matéria tributária**

SÃO PAULO - SP

2022

Lucas Pi Campanelli

**Aproximação entre os controles de constitucionalidade
concentrado e difuso e a sua aplicação prática em matéria tributária**

Trabalho de Conclusão de Curso em
direito apresentado à Faculdade de Direito
da Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, sob orientação da Profa. Dra.
Isabela Bonfá de Jesus, para a obtenção
do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Isabela Bonfá de Jesus
Orientando: Lucas Pi Campanelli
6.00.00.00-7 – Ciências Sociais e
Aplicadas
6.01.00.00-1 – Direito

SÃO PAULO – SP
2022

DEDICATÓRIA

Gostaria de dedicar o presente trabalho a minha mãe, Thais Helena Tálamo Pi, que sempre me apoiou em toda decisão que eu tomei. Sem ela eu não teria conseguido trilhar o caminho que me trouxe até aqui.

AGRADECIMENTOS

Com apreço, à minha noiva Maria Carolina Giusti Rebouças, que serviu como meu pilar para todos os pesos impostos pela vida acadêmica e profissional, eu te admiro muito.

Aos meus queridos amigos Giovanna Plácido Soares, Juliana Jere Moysés e Victor Henrique Ponzetto, pela valiosa amizade que nos acompanha desde o início da graduação e pelos inestimáveis momentos que passamos juntos.

À estimada Juliane Lopes Ferreira Onita, pela amizade que teve início na época escolar, e por toda ajuda, principalmente no último ano da faculdade.

Gostaria também de agradecer a brilhante doutora Isabela Bonfá de Jesus, que aceitou conduzir o meu trabalho de pesquisa.

RESUMO

O presente projeto tem como objetivo examinar os modelos de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, atestando como atualmente há indícios de uma aproximação latente entre os modelos difuso e concentrado. O escopo geral da pesquisa é debruçar-se sobre os controles de constitucionalidade concentrado e difuso, demonstrando como os seus efeitos estão cada vez mais correlatos, utilizando, assim, do direito tributário como exemplo prático. Para esse propósito, o presente projeto tem como finalidade analisar as construções teóricas sobre os sistemas jurídicos em vigor, os seus efeitos no sistema normativo, as formas de interpretações utilizadas atualmente e os problemas que foram surgindo ao longo do tempo. Dessa maneira, o efeito vinculante, em seu sentido amplo e estrito, é um dos pontos centrais a ser explorado na pesquisa, tendo vista sua vasta importância na aplicação no Direito. O direito tributário, por sua vez, é um dos ramos que está sob constante controle de constitucionalidade, o qual servirá como exemplo para elucidar, de forma prática, os principais pontos trazidos no presente projeto.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade, efeito vinculante, jurisprudência, modelos jurídicos, precedente judicial, pós-positivismo.

ABSTRACT

The present work aims to examine the models of constitutionality control in the Brazilian legal system, showing how there are currently indications of a latent approximation between the diffuse and concentrated models. The general scope of the research is to focus on concentrated and diffuse constitutionality control, demonstrating how their effects are increasingly correlated, using tributary law as a practical example. To this end, this project aims to analyze the theoretical constructions about the legal systems in force, their effects on the normative system, the forms of interpretations currently used, and the problems that have arisen over time. In this way, the binding effect, in its broad and strict sense, is one of the central points to be explored in this research, in view of its vast importance in its application in Law. Tributary law, in turn, is one of the branches that is under constant constitutionality control, which will serve as an example to elucidate, in a practical way, the main points brought in this project.

Keywords: binding effect, constitutionality control, judicial precedent, jurisprudence, legal systems, post-positivism.

*"I know it's not much, but it's the best I can do;
My gift is my song and this one's for you."*

(Elton John)

*"Die Philosophen haben die Welt nur
verschieden interpretiert; es kommt aber
darauf an, sie zu verändern."*

(Karl Marx)

SUMÁRIO

Introdução.....	10
 Capítulo 1. As premissas metodológicas.....	12
1.1. Conceito de norma jurídica.....	13
1.2. O paradigma do pós-positivismo.....	18
1.2.1. Diferença entre texto normativo e norma.....	22
1.2.2. Superação da discricionariedade jurídica.....	27
1.3. Comparação entre os modelos jurídicos: <i>commom law</i> x <i>civil law</i>	31
 Capítulo 2. Os efeitos oriundos das decisões.....	33
2.1. Precedente judicial x jurisprudência.....	33
2.1.1. Julgamentos reiterados.....	33
2.1.2. Teoria dos precedentes.....	35
2.1.2.1. A compreensão e utilização dos precedentes judiciais...35	
2.1.2.2. Os precedentes judiciais no direito brasileiro.....	41
2.1.2.3. A revisão dos precedentes judiciais.....	43
2.2. Os provimentos jurídicos vinculantes.....	45
2.2.1. Súmulas vinculantes.....	46
2.2.2. Decisões com efeito <i>erga omnes</i>	48
2.2.3. Decisões com efeito vinculante.....	50
 Capítulo 3. O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro....	55
3.1. As formas de decisões no controle de constitucionalidade.....	58
3.2. Modulação de efeito.....	61
3.3. Controle de constitucionalidade concentrado.....	64
3.3.1. Conceito e noções introdutórias.....	65
3.3.2. O Tribunal Constitucional brasileiro.....	67
3.4. Controle de constitucionalidade difuso.....	68
3.4.3. O <i>judicial review</i>	68
3.4.2. Conceito e noções introdutórias.....	71
3.4.2. A eficácia geral do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal...75	
3.4. Conclusões iniciais: a aproximação entre os modelos de controle.....	76

Capítulo 4. Os efeitos do controle de constitucionalidade no direito tributário.....	78
4.1. Análise prática: perspectiva sob os controles de constitucionalidade concentrado e difuso.....	78
4.2. Problemática e superação.....	81
 Conclusões finais.....	 83
Referências bibliográficas.....	86

Introdução

Importante destacar que o Brasil, atualmente, utiliza o sistema do *civil law*, baseado na Constituição Federal de 1988 e nas demais leis infraconstitucionais editadas, os quais, os magistrados, em teoria, estariam condicionados.

Contudo, nota-se que houve uma “contaminação” do *case law* no *civil law* do sistema jurídico brasileiro, resultando em uma maior aplicação de precedentes nas decisões judiciais, tendo como fruto disso o controle de constitucionalidade difuso.

Nesse sentido, antigamente, havia uma distinção clara entre os controles de constitucionalidade concentrado e o difuso. O concentrado, através de ações próprias, iria analisar a (in)constitucionalidade de uma lei, decidindo se ela deveria permanecer ou ser retirada do ordenamento jurídico, havendo, portanto, efeito *erga omnes*. O difuso, por outro lado, tinha como finalidade definir a constitucionalidade de uma lei para um caso concreto, produzindo apenas efeitos *inter partes* (entre as pessoas que são parte do processo).

Existem, além disso, diversos instrumentos de controle de constitucionalidade difuso que vinculam os tribunais aos entendimentos firmados, como as súmulas editadas pelos Tribunais Superiores e os julgamentos baseados no rito da Repercussão Geral e dos Recursos Repetitivos de Controvérsia. Em razão disso, observa-se que o controle difuso, por meio de técnicas do *case law*, passou a ampliar o seu efeito no ordenamento jurídico, não se limitando apenas aos indivíduos que eram partes na ação.

Apesar de facilitar o julgamento de várias ações, visto que existem milhares com o mesmo objeto, foram surgindo certos problemas ao passar do tempo. Isso porque as ações, mesmo tendo o mesmo objeto, podem possuir peculiaridades, as quais passaram a ser ignoradas pelos Tribunais.

As ações tributárias, em específico, possuem uma parcela significativa de temas que foram julgados pelos Tribunais Superiores, tanto em controle de constitucionalidade difuso como no concentrado. Por conta disso, há uma maior facilidade para utilizar a matéria tributária como exemplo para demonstrar as soluções e os problemas que surgiram com essa nova sistemática do controle de constitucionalidade difuso.

Portanto, a presente pesquisa tem como finalidade estudar os institutos do controle de constitucionalidade concentrado e difuso, esmiuçando de forma detalhada a respeito das técnicas jurídicas aplicadas no Direito. Para tanto, serão explorados os limites das decisões com efeitos vinculantes, com o objetivo de demonstrar que atualmente há uma aproximação das formas de controle de constitucionalidade, bem como investigar o motivo dessa aparente apropinquação e os problemas ocasionados por ela.

Dessa maneira, o primeiro capítulo da pesquisa tem como propósito demonstrar as premissas metodológicas-jurídicas adotadas: o pós-positivismo. Destarte, torna-se imprescindível elucidar a concepção do pós-positivismo sobre a norma e as decisões judiciais, para que seja possível entender os efeitos oriundos do controle de constitucionalidade. Ainda, o capítulo aborda de forma mais extensa as bases históricas e as características dos modelos jurídicos do *civil law* e do *common law*.

O segundo capítulo é composto pelo exame das características que demonstram a latente aproximação entre os controles difuso e concentrado, a partir da utilização dos conceitos de jurisprudência, precedente e efeito vinculante, que serão analisados de forma mais detalhada.

Em seguida, no terceiro capítulo serão abordadas as formas de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de demonstrar as características próprias de cada modelo para, então, chegar a uma conclusão inicial de que há uma aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade.

Por fim, o quarto e último capítulo debruçar-se-á sobre um caso prático do direito tributário diante do controle de constitucionalidade, com o objetivo de demonstrar como os tribunais atualmente estão utilizando dos instrumentos com efeito vinculante para diminuir as suas demandas, o que, por outro lado, vem ocasionando certas problemáticas.

Capítulo 1. As premissas metodológicas

De forma preliminar, importante definir que o presente trabalho está sendo estruturado com base na concepção teórica germinada pelo pós-positivismo, com base na hermenêutica jurídica-filosófica apresentada pelos juristas Ronald Dworkin e Friedrich Müller.

Antes de compreender melhor a teoria, mister esclarecer que o termo pós-positivismo não alude para uma pauta que indica continuação, quer dizer, o modelo não dá seguimento ao positivismo, e tampouco o substitui. O pós-positivismo surge de uma quebra ao positivismo, sendo, assim, correntes distintas que não desenvolvem relação de historicidade uma em relação a outra.

No pós-positivismo, a pretensão é a de construção da teoria jurídica em conjunção com uma dimensão valorativa. Essa proposta tem como destaque o aspecto prático do fenômeno jurídico: o modelo de aplicação do Direito. Em outras palavras, o pós-positivismo aborda a compreensão do fenômeno decisório, pautando-se enquanto expressão última de um sistema jurídico.

Para tanto, a estruturação da teoria pós-positivista abarca as formas de interpretação do ordenamento jurídico quando o intérprete da lei age com poder decisório, sendo necessário, *prima facie*, fazer a distinção entre norma e texto normativo, para então entender que a sentença não deve mais simplesmente ser um mero processo de subsunção, no qual o juiz apenas aplica a lei abstrata ao caso concreto, sem uma análise mais profunda sobre as peculiaridades do caso.

Nesse prisma, a conceituação da norma como cerne do paradigma pós-positivista deve ser estendida também para o direito processual constitucional, sendo impossível operacionalizar os novos conceitos sem entendermos a importância da superação da sentença como mero silogismo.

Portanto, o primeiro capítulo deste trabalho tem como finalidade demonstrar a estruturação do novo paradigma do direito, analisando os elementos hermenêuticos que foram introduzidos na aplicação do direito para, assim, fixar as premissas metodológicas.

Cumpre, ainda, destacar a importância de definir as características dos sistemas jurídicos atualmente existentes no direito ocidental, para demonstrar a influência de cada modelo no controle de constitucionalidade. Para tanto, o capítulo também vai versar sobre as semelhanças e as distinções entre o *civil law* e o *common law*.

1.1. Conceito de norma jurídica

O conceito de norma jurídica sofreu diversas alterações ao longo do tempo, passando do jusnaturalismo ao pós-positivismo, tendo como expoentes de sua definição grandes pensadores e juristas como Hans Kelsen, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Friedrich Müller.

No jusnaturalismo, o ordenamento normativo é fruto de um direito natural, em regra, existindo, assim, anterior aos seres humanos, devendo seguir os valores da humanidade. Todavia, historicamente, os reis e imperadores costumavam utilizar de seu poder para afirmar que foram escolhidos por Deus e, por conseguinte, as normas feitas por eles eram válidas e deveriam ser seguidas. Como o jusnaturalismo não é o foco do trabalho em questão, foi feito apenas esse breve apanhado conceitual.

Hans Kelsen, crítico ao jusnaturalismo, entende que a norma jurídica só é de fato jurídica pois outra norma ou ato jurídico determinou que assim seria. Assim, através de um processo de interpretação, essa norma jurídica somente passa a ter uma noção jurídica específica quando entra em colisão com uma outra norma jurídica.

Para exemplificar, uma mera troca de cartas pode significar a conclusão de um contrato, caso as circunstâncias fáticas estejam baseadas em preceitos do código civil. Em um outro exemplo, um indivíduo mata um outro, cometendo, assim, homicídio. Contudo, um agente público também mata um outro, porém, nesse caso, a pessoa morta havia sido julgada por um juiz e havia uma sentença definitiva determinando a pena de morte. Portanto, a norma jurídica possui significado diferente para situações fáticas semelhantes (uma pessoa matar a outra), e é a interpretação

conjunta do código penal e processual penal, nesse caso, que demonstra como se deve agir.

O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma.¹

Para Kelsen, a norma jurídica tem como finalidade regular o comportamento humano, de modo a determinar o dever ser de uma conduta. Em outras palavras, a norma jurídica estabelece como o indivíduo deve se comportar em uma situação determinada/concreta. O ato humano, dessa maneira, seria conceituado como o ser, que se distingue de forma substancial do enunciado normativo, o dever ser, podendo, ou não, corresponderem entre si. Assim, o ser pertence ao mundo fático, na maneira como realmente as condutas humanas são produzidas. O dever ser, por sua vez, descreve a conduta ideal do humano, um plano ideal de como os indivíduos deveriam de fato agir.

A norma jurídica, ainda, pode ser regulamentada em duas formas: positiva e negativa. Na forma positiva, o ordenamento jurídico observa todas as ações (qual ação que o indivíduo deve tomar) e/ou omissões (o ordenamento jurídico pode prescrever que em certa situação o indivíduo precisa ser omissor, ou seja, um ato proibitivo) que o ser humano pode tomar perante uma situação fática. Ademais, para que o próprio ordenamento normativo exista, o sentido positivo ainda engloba as condutas humanas quando a um indivíduo é conferido o poder e a competência para criar e editar normas. A forma negativa, então, é tudo aquilo que o sistema normativo não regula, e, dessa maneira, o indivíduo será juridicamente livre para agir da forma que quiser.

Kelsen entende que a norma jurídica somente possui fundamento de validade quando uma outra norma, em regra, hierarquicamente superior, concede essa validade. Vê-se, aqui, o positivismo do Kelsen, no qual apenas as normas positivadas no ordenamento jurídico que estão dotadas de força normativa. Essa norma que atribui caráter de validade para as demais normas é designada pelo autor como norma fundamental (*Grundnorm*). Em um primeiro momento, a Constituição viabiliza a

¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 2.

validade de todas as demais normas jurídicas. Contudo, quem proporciona a validade para a própria Constituição?

Para tanto, Kelsen concebeu a norma fundamental hipotética, um modelo teórico para o jusfilósofo conseguir “fechar o sistema”. A norma fundamental, portanto, não é uma norma jurídica, por existir de modo anterior ao próprio ordenamento jurídico. Destarte, esse instrumento serve apenas para não entrar em um *loop* infinito para validar a Constituição. Isso porque, anterior à Constituição existiu o poder constituinte originário que deu validade à Magna Carta, e assim por diante. Portanto, a norma fundamental tem como finalidade validar o ordenamento positivo (o sistema normativo), pois, historicamente, essa seria a vontade do ser humano.

Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.²

Ademais, a aplicação da norma, para Kelsen, é feita por um processo silogístico (subsunção da norma ao fato), no qual, partindo de uma premissa maior (a lei geral e abstrata), adquire uma natureza concreta, isto é, a ocorrência de fatos fenomênicos detidos no enunciado prescritivo da lei (premissa menor), podemos chegar a uma conclusão, a maneira como devemos agir naquele caso concreto.

Além de Kelsen, outro grande positivista foi Herbert Hart. Hart entende que o Direito pode ser estruturado por uma junção de regras primárias e secundárias. As primárias impõem deveres, quer dizer, criam obrigações de fazer ou deixar de fazer para os indivíduos. As segundas dispõem sobre poderes capazes de criar ou modificar os deveres.

Para identificar a validade das regras primárias, o autor instituiu a regra de conhecimento, uma subdivisão das regras secundárias. Essa regra tem como objetivo identificar as regras primárias e lhe conceder validade. Em outras palavras, ela age de forma semelhante à norma fundamental hipotética de Kelsen. Isso porque, novamente, a regra de conhecimento constitui o ápice da hierarquia do sistema

² KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 139.

jurídico, não podendo, por si só, demonstrar a sua validade. A sua existência, portanto, está relacionada à aceitação da comunidade jurídica, que se baseia na evolução história da sociedade.

Para a aplicação da lei, o jusfilósofo concebe a noção de que seria possível dividir os casos em fáceis (*easy cases*) e difíceis (*hard cases*). As situações em que as regras possuem conteúdo prescritivo claro, sendo possível transmitir o padrão de conduta exigido sem maiores entraves, são considerados os casos fáceis, que são resolvidos por mero silogismo. Todavia, existem também casos para os quais o ordenamento não oferece solução instantânea, os casos difíceis. Para esses casos, o autor entende que a discricionariedade seria a solução para preencher essas lacunas inerentes ao sistema jurídico, nos momentos em que a linguagem da regra não é clara. Frise-se que discricionariedade não deve ser concebida como sinônimo de arbitrariedade, mas é fruto da escolha do magistrado, autoridade legitimada pelo Estado, para solucionar determinado conflito. Para o jurista, quando a aplicação da regra encontrar entraves na imprecisão da linguagem, cabe aos intérpretes da lei realizar a análise e definir o conteúdo normativo possibilitando sua aplicação no caso concreto.

Dito isso, Robert Alexy inaugura as bases para o pós-positivismo, na medida em que ele reconhece a força normativa dos princípios, fazendo uma clara distinção em relação às regras, além de propor uma aparente solução à discricionariedade por meio da ponderação³.

Em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy concebe a diferença entre regras e princípios, que seriam espécies das quais a norma jurídica seria gênero, quer dizer, a norma pode tanto ser um princípio ou uma regra, ambos devendo estar dentro do âmbito do *dever ser*.

Os princípios são, de forma resumida, a positivação dos valores no ordenamento jurídico. Destarte, há uma diferença significativa em relação a sua aplicação. Os valores estão no plano axiológico e, assim, estabelecem os conceitos sobre o que é bom e ruim. Por sua vez, os princípios estão no plano deontológico, o que significa que eles indicam o que é e não é devido no âmbito do dever ser. Portanto,

³ No item a seguir (O paradigma do pós-positivismo) vai ser abordado as falhas do método da ponderação, utilizado principalmente pelo neoconstitucionalismo, para a superação da discricionariedade.

para o direito, de acordo com Alexy, o que de fato importa são os princípios, pois o modelo deontológico é explícito e dificulta interpretações equivocadas.

Alexy entende que princípios são mandamentos de otimização, de modo que os princípios determinam o que deve ser feito em maior ou menor grau “dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁴, quer dizer, existe a possibilidade de utilizar mais de um princípio na mesma situação fática. Ademais, os seus efeitos podem ser satisfeitos em situações distintas e não dependem da existência de um caso concreto. As regras, por outro lado, são concebidas como mandamentos de determinações, isto é, se uma regra é aplicável ao caso concreto, ela deve ser cumprida em sua integralidade, não havendo a possibilidade de satisfazer a regra de forma parcial.

No caso da colisão de regras, o remédio é a aplicação dos modelos gerais de solução de antinomia, como por exemplo *lex posterior derogat legi priori* (lei posterior derroga lei anterior)⁵ e *lex specialis derogat legi generali* (lei especial revoga lei geral)⁶. Isso ocorre, pois a aplicação das regras é feita na metódica do “tudo ou nada”, quer dizer, apenas a regra que de fato deve ser aplicada ao caso que tem validade, a outra é meramente descartada. Nesse sentido, a aplicação das regras ocorre por meio da subsunção.

A colisão entre princípios, por outro lado, possui uma solução mais complexa. Quando dois ou mais princípios estão em conflito, uma maior importância de um princípio não invalida os demais. Nesse caso, deve ser realizado um juízo de ponderação, analisando a relevância de cada princípio ao caso concreto, a partir de uma dimensão de peso. Esse método tem uma estruturação em etapas. Primeiro, ocorre a identificação dos princípios incidentes no caso concreto e as possíveis formas de exteriorização. Segundo, deve ser feita a atribuição de peso aos respectivos princípios, com fulcro no grau de satisfação e não satisfação dos princípios caso a medida seja implementada. E por último, sucede a enunciação de uma regra, a partir

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90

⁵ Critério cronológico de solução: em um caso concreto, caso exista uma lei mais atual, ela deverá ser aplicada em favor da anterior.

⁶ Critério específico de solução: em um caso concreto, se uma lei trata de forma mais específica sobre o tema, ela deverá ser aplicada em favor da lei mais genérica.

da ponderação efetuada, determinando-se a prevalência do princípio identificado como o de maior peso entre os demais. O que se depreende da ponderação é que não existe uma relação hierárquica pré-existente entre os princípios, a prevalência de um sobre outro depende das peculiaridades fáticas e jurídicas que compõem o caso concreto.

A concepção de norma sob a perspectiva do pós-positivismo será contemplada nos itens a seguir, analisando as teorias de Ronald Dworkin e Friedrich Müller, no qual será tratado o motivo do surgimento dessa terceira via de teoria jurídica, assim como as principais concepções para a aplicação do direito: a distinção de texto normativo e norma e a superação da discricionariedade jurídica.

1.2. O paradigma do pós-positivismo

O jurista alemão Friedrich Müller desenvolve sua teoria jurídica (Teoria Estruturante do Direito) buscando superar as deficiências apresentadas pelo paradigma positivista com o intuito de adequá-lo aos avanços hermenêuticos. Nesse sentido, propõe um novo conceito normativo, focando na condição de que esse novo conceito seja suficiente em termos teóricos e empíricos do fenômeno jurídico, garantindo a justiça e a igualdade em todo sistema.

A teoria da norma jurídica precisa, de qualquer modo, estar especificamente a serviço da racionalidade jurídica, precisa diferenciar de modo racional as reflexões presentes na decisão, tornando-a com isso passível de controle e de discussão o máximo e o melhor possível⁷

A visão normativa de Müller tem como premissa a distinção entre norma e texto normativo, sendo este entendido como a própria redação do texto legal e aquele como fruto de um esforço hermenêutico que congrega dados linguísticos e extralinguísticos, condicionados por um fator temporal de historicidade, e, como decorrência dessa distinção, a superação da mera aplicação do caso maior ao caso menor como método de resolução de conflitos. Dessa maneira, a norma, portanto, é resultado de um complexo processo interpretativo e somente exsurge no caso concreto.

⁷ Müller, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. Trad. por Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 161.

Além dessas questões centrais, o jurista desenvolveu o conceito que não só explica a diferença, mas também a separação entre a interpretação jurídica e a vontade da lei/do legislador, fornecendo critérios objetivos para o processo hermenêutico na produção normativa, que será melhor delineada adiante, bem como as contribuições de outros autores considerados pós-positivistas.

Além disso, em sua obra *Taking Rights Seriously*, Dworkin reconhece que o direito legal é um direito institucional contra uma decisão de um tribunal no seu exercício de adjudicação. Para o positivismo legal, tais direitos são somente aqueles definidos de forma explícita no sistema normativo. No entanto, o ordenamento jurídico é composto não somente de textos normativos, mas também de princípios, aos quais Dworkin concebe como diretrizes do ordenamento jurídico. Os princípios seriam a expressão dos valores morais que atuam como alicerce para o texto normativo:

Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (...) Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.⁸

Portanto, para resolver qualquer disputa judicial, o intérprete deve estabelecer um processo interpretativo partindo de um texto normativo e, guiando-se pelos princípios, bem com o caso concreto, extrair-lhe a norma aplicável. Isso leva à superação de duas premissas do positivismo jurídico: a superação do silogismo como método de resolução de conflitos, visto que a norma surge sempre *ex post facto* e a decisão judicial não pode se apoiar somente em um conjunto de regras, devido a dimensão valorativa que compõe o Direito; e a distinção entre texto normativo e norma, sendo aquele a previsão legal de determinada regra e este último o processo interpretativo do texto normativo à luz dos princípios, condicionado por historicidade para fornecer a melhor solução para o caso concreto.

Dito isso, denominado comum entre os teóricos pós-positivistas é a busca de soluções para a prática do Direito, quer dizer, a tentativa de estabelecer uma metodologia objetiva para a forma de interpretar e decidir processos, com a exigência de que esses critérios sejam institucionais, e não privados. Essa proposição audaciosa do pós-positivismo surge de preocupações derivadas do Estado

⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 35-36

Democrático de Direito: a construção de uma sociedade justa e solidária, unida e amparada pelo direito, em grande medida, a partir da construção de uma teoria da decisão, com fundamento na distinção entre texto normativo e norma e a superação da discricionariedade jurídica, que será melhor abordado adiante.

Entretanto, confunde-se, de maneira equivocada, a visão de que o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo seriam compatíveis, cabendo aqui desvelar referido engano. A concepção metodológica do pós-positivismo já foi exposta ao longo do presente projeto, de modo que cabe, neste momento, realizar o devido esclarecimento acerca da corrente jusfilosófica do neoconstitucionalismo.

Em suma, o neoconstitucionalismo parte da premissa alexyana de que as normas jurídicas podem ser divididas em duas categorias: as regras e os princípios. Como apresentado anteriormente, os princípios seriam o modo pelo qual o campo do direito integra determinados valores no ordenamento em um caráter de normatividade e, em caso de conflito, seriam solucionados a partir da ponderação. As regras, por outro lado, seguiriam a lógica do positivismo e seriam aplicadas de acordo com o silogismo.

Com base nesses pressupostos, o objetivo do neoconstitucionalismo, como fenômeno jurídico-político, seria alcançar a proteção dos direitos fundamentais, concebendo a validade das normas jurídicas sob o prisma da deontologia. Esse escopo tem como premissa de efetivação a necessidade de aproximação entre o direito e a moral para estruturação do ordenamento jurídico.

A partir da construção do sistema jurídica com base principiológica voltada a tutela dos direitos fundamentais, o peso de cada princípio estaria vinculado ao campo moral, que serviria como forma de restringir a atuação do magistrado no momento da ponderação. Portanto, as normas morais passariam a integrar o próprio ordenamento jurídico, tendo por consequência lógica do sistema a invalidade de atos e normas contrários à moral.

Em aspectos práticos, no entanto, a metódica da ponderação sofreu certa ressignificação da teoria elaborada por Alexy e atuou como uma válvula de escape para a discricionariedade na medida em que admitiu uma margem de decisão volitiva do intérprete no exercício da ponderação. Isso ocorre, porque o neoconstitucionalismo aceitou a possibilidade da existência de um empate valorativo entre os princípios. Por

conta disso, caberia ao magistrado realizar um raciocínio discricionário para a aplicação da norma no caso concreto.

Isso também está relacionado ao processo de constitucionalização do Direito. A constitucionalização refere-se à assimilação acrítica de valores no ordenamento, por exemplo, com a criação das chamadas “cláusulas gerais”, jargões performáticos esvaziados em conteúdo. Com isso, tem-se novamente o problema da textura aberta do fenômeno jurídico que permite aos aplicadores do Direito incorporarem valores no ordenamento como se fossem princípios institucionais. A ponderação pressupõe a existência de um plexo de valores intersubjetivamente compartilhados, o que, todavia, trata-se de premissa equivocada, eis que a definição de quais são os valores não perpassa o imaginário coletivo de modo universal.

Dessa maneira, o neoconstitucionalismo, no intuito de conferir maior efetividade à Constituição, em verdade, acaba, a partir da alcunha de inserir valores supostamente contidos no texto constitucional, dando azo a decisionismos.

Frise-se que princípios não são valores, princípios tem por *locus* o plano deontológico, operando no dever ser. Sob esse prisma, o neoconstitucionalismo tornou-se alvos de relevantes críticas na doutrina. O jurista Lênio Streck, que inclusive já foi partidário da corrente neoconstitucional, ao tecer comentários sobre o tema, afirma que o neoconstitucionalismo brasileiro passou a utilizar as suas próprias concepções para dar uma maior efetividade ao texto constitucional, elaborando um projeto de materialização da teleologia da Constituição, que, servindo-se da ponderação, passou a ignorar a legalidade e constitucionalidade.

A ponderação, do modo como foi incorporada pelo neoconstitucionalismo, a bem dizer, consistiu em uma “goumertização” da discricionariedade. A ponderação seria apenas formalidade para dar contornos suavizados ao ativismo judicial, pois o “sopesamento” dos valores que agora são tidos como dimensão principiológica, consiste em verdadeiro agir discricionário. Nesse aspecto, o neoconstitucionalismo acaba se assemelhando à *Jurisprudência dos Valores* germânica, que se baseia em um pensamento orientado por valores, no qual o Direito estaria sujeito aos valores relacionados ao caso concreto.

O uso do critério forte de distinção entre os princípios e as regras, que sujeitou apenas os princípios à metodologia da ponderação, enquanto as regras continuaram

a ser submetidas à subsunção, proporcionou que os princípios fossem conduzidos a partir da proporcionalidade. Assim, de modo semelhante ao positivismo, o fato de que a ponderação depende de uma análise subjetiva do magistrado, eis que delega ao intérprete a identificação e sopesamento dos valores incidentes no caso concreto, o neoconstitucionalismo falha ao utilizar da mesma discricionariedade para servir de solução aos casos difíceis.

Ou seja, a grande pergunta não é respondida pelas teses neoconstitucionalistas: quem controla aquele que controla ou diz por último o que a lei (ou a Constituição) é? A pergunta que acrescento é anterior: no caso da ponderação, quem escolhe os princípios a serem ponderados? E quais os pesos a serem conferidos a cada um dos princípios para a construção da regra de ponderação?⁹

Expostas as fragilidades do neoconstitucionalismo, importa conferir destaque às elaborações teóricas desenvolvidas por Müller, que também inovaram na busca de soluções para o problema interpretativo.

1.2.1. Diferença entre texto normativo e norma

Como visto, a equiparação entre texto normativo e norma tem por consequência, além da concepção da ciência juridicamente como fundamentalmente incompleta, a aplicação da lei de forma engessada para os infinitos casos distintos e individuais, ignorando as particularidades de cada caso, o que muitas vezes pode levar à injustiça de uma decisão.

Como forma de resolver essas falhas da doutrina positivista, Friedrich Müller, em seu livro *O Novo Paradigma do Direito*, cria os pilares para a distinção do texto para a norma. O ideal positivista faz uma separação entre a norma e a realidade normativa, indicando a possibilidade de ambas existirem ao mesmo tempo sem possuírem qualquer tipo de relação. Müller entende que a norma jurídica não deve ser analisada a partir de um juízo hipotético ou de uma diretriz absoluta, mas sim em conjunto com as matérias que compõem a nossa realidade. A partir dessa noção, o intérprete do texto normativo deve utilizar dos recursos tradicionais, como a

⁹ STRECK, Lênio. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun, p. 9-27. Contra o Neoconstitucionalismo. p. 25

jurisprudência, doutrina, teleologia, para, então, fazer a aplicação dos fatos materiais do caso concreto com o direito.

Os elementos materiais que têm suas raízes no real só formam parte do âmbito normativo na medida em que possa se demonstrar, ao concretizar a norma para o caso concreto, que se trata de componentes imprescindíveis da normatividade concreta.¹⁰

Tendo isso em vista, há a necessidade de distinguir o texto normativo da norma. O texto, de modo geral, corresponde apenas ao enunciado legal (de modo geral, a lei ou o ato normativo), isto é, a sua existência precede a ocorrência prescrita no enunciado legal no mundo fenomênico. Por conseguinte, deve ser considerada geral e abstrata. A norma, por sua vez, deve ser considerada o produto final que surge a partir da aplicação do programa normativo e do âmbito normativo.

O programa normativo estabelece a análise de todos os preceitos legais cabíveis dentro do caso concreto, que, por sua vez, são apresentados pelo âmbito normativo. Destarte, as duas figuras devem sempre ser analisadas em conjunto, jamais dissociadas. Isso porque, enquanto o programa normativo considera os dados linguísticos, o âmbito normativo traça a realidade social a ser contemplada. Desse modo, o próprio programa normativo serve como instrumento para regulamentar o campo de atuação do âmbito normativo.

Levando isso em consideração, o texto normativo deve sempre passar por esse processo de interpretação para cada caso, cada um com características únicas e imutáveis, a fim de aflorar a norma. Portanto, o texto normativo, embora efetivamente seja composto pelo mesmo enunciado, adquire significação particular para cada caso interpretado, daí exsurgindo a norma.

Nesse sentido, destaca-se a insuficiência do exercício silogístico, que emprega a subsunção para aplicar a mesma solução a diversos casos aparentemente semelhantes. Essa era a ideia empregada pelo positivismo, que foi superada pela separação do texto da norma. Dessa forma, verifica-se uma ruptura com a noção de que o texto normativo deve ser considerado como algo puro e imutável, e de significância unívoca. Ademais, devido à contaminação pela realidade concreta, a própria norma jurídica abstrata ultrapassa o processo decisório pelo silogismo,

¹⁰ MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metodica Estruturantes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 30

metódica mecânica de aplicação do Direito, que não contempla as peculiaridades de cada caso.

Esse processo de interpretação do texto normativo, contudo, perpassa por uma etapa prévia para que seja possível: a pré-compreensão. O ser humano, ao ser inserido no mundo, age como um receptor de diversas interpretações e experiências apresentadas em seu entorno, se tornando sujeito com pré-juízos e opiniões prévias. Assim, a pré-compreensão individual acaba por agir como meio para nortear o processo interpretativo, na medida em que se torna um dos pressupostos da própria compreensão. Nesse sentido, para assegurar a higidez de interpretação, faz-se necessário diferenciar e separar os preconceitos úteis – os quais podem servir como suporte material para a interpretação do texto normativo – dos inúteis, que não agregam no processo hermenêutico.

As verdadeiras dificuldades começam onde os preconceitos produtivos, que ensinam materialmente a compreensão, devem ser separados dos que impedem a compreensão correta, a concretização conforme a norma. Essa separação não pode se dar anteriormente; ocorre na própria compreensão. [...] Os elementos da pré-compreensão devem ser introduzidos de forma racionalizada e controlável no nexo da fundamentação jurídica, sob pena de permanecerem fonte de erros sem responsabilização, posto que irracionais.¹¹

A esse respeito, a pré-compreensão deve ser estruturada na própria fundamentação, a fim de buscar a melhor interpretação dentro de toda compreensão do intérprete. Desse modo, a ideia de primeiro proferir uma decisão para apenas depois buscar uma fundamentação vai no sentido contrário à perspectiva hermenêutica, servindo apenas como um dos componentes necessários da decisão, abrindo espaço para a arbitrariedade.

Utiliza-se, dessa forma, de todos os elementos previamente estabelecidos para que o intérprete da lei possa realizar a concretização da norma jurídica. Assim, a partir de suas pré-compreensões, o agente vai recorrer ao texto normativo para, junto com todos os pressupostos legais já estabelecidos, realizar um recorte da realidade social que permita a aplicação da norma ao caso concreto. Destarte, nota-se que o texto normativo tem a função de delimitar a norma, impondo limites para os diversos significados que poderão ser atribuídos.

¹¹ MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metódica Estruturantes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 81

Nesse aspecto, deve-se fazer uma distinção entre o virtual e o atual, como definido por Friedrich Müller. De acordo com sua Teoria Estruturante do Direito, apenas quando existe a concretização da norma, isto é, quando o intérprete da lei faz a aplicação do texto normativo ao caso concreto, utilizando as regras definidas anteriormente, que ela se torna atual. Por outro lado, o texto normativo antes de sua transformação na norma jurídica, acaba sendo virtual, pois serve apenas como uma forma prévia.

Por ser uma pré-imagem (*Vorbild*), o virtual serve como um mapa, indicando os caminhos que a normatividade deve tomar, servindo, como demonstrado no parágrafo anterior, como limitação para todas as possíveis aplicações.

Dessa maneira, o virtual e o atual não devem ser considerados oposições reciprocamente excludentes, mas sim complementares. Isso ocorre porque o próprio virtual acaba tendo influência no mundo real, provocando as pessoas regulares, no tangente ao que eles devem ou podem reagir. Assim, o virtual ainda não atingiu a sua normatividade, ou seja, ela ocorre antes do caso concreto e, por conseguinte, possui apenas o potencial de se tornar uma norma.

Contudo, o virtual, por existir de forma pré-estabelecida no ordenamento jurídico, serve para justificar o Estado Democrático de Direito. Destarte, o magistrado não poderia decidir apenas com base na concepção de Direito baseada em sua perspectiva privada, tem o intérprete o dever de extrair o Direito já existente no texto normativo. Assim, ao servir como ponto de partida para o magistrado, o virtual tem tanto a função de limitar a interpretação do magistrado, como servir de justificativa para suas decisões.

Para o positivismo, a lei (*latu sensu*) confunde o texto normativo com a norma, aplicando o enunciado de forma inquestionável para todos os casos concretos, utilizando apenas do silogismo para tal. Para Müller, esse modelo fracassou perante inúmeros casos individuais, o que trouxe à tona o esforço de superação do positivismo. Um dos temas principais que deve ser avaliado gira em torno dos conflitos jurídicos serem um processo moldado pelo decurso de tempo, em constante evolução, algo que deve ser concebido pela teoria estruturante do pós-positivismo.

A norma jurídica precisa ser produzida no decurso temporal da decisão. Não existe ante casum: o caso da decisão *lhe* é co-constitutivo. O texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado “concretização”, ainda que um elemento de trabalho em posição de

destaque. A norma jurídica criada no caso está estruturada segundo o “programa da norma” e “âmbito da norma”, isto é, segundo o resultado da interpretação lingüística e o conjunto dos fatos individuais e gerais do caso/tipo de caso conforme à interpretação lingüística. Assim, a “norma jurídica” é agora um conceito composto que operacionaliza, torna trabalhável o problema tradicionalmente irresolvido do “ser e/versus dever ser”. Podemos assim aposentar os dualismos irrealistas do passado mais recente da história do direito, tais como “norma/caso”, “direito/realidade”.¹²

A nova teoria do direito passa a ser dominada por um método indutivo, é dizer, não tem como pressuposto uma teoria abstrata para a aplicação nos casos, mas sim seu entorno social. As concepções teóricas se aperfeiçoam tendo como alicerce a realidade social, que está sempre em constante transformação. Assim, a teoria geral do direito é observada sob um prisma, de modo a permitir uma análise a partir de variados enfoques. Portanto, o pós-positivismo acolhe a interdisciplinaridade no âmbito jurídico, se valendo, principalmente, das ciências sociais.

Müller entende que as tarefas complexas do Direito devem ser realizadas tendo por diretriz um conjunto de fatores, envolvendo o sentido do enunciado e o contexto no qual ele pode ser inserido. A utilização do dever ser, conceito central do positivismo, exprime no panorama lingüístico uma ordem. Assim, o texto normativo, os enunciados legais, devem ser obedecidos, e os casos devem ser analisados sob essa perspectiva única. Por outro lado, a teoria estruturante do direito localiza o dever ser no panorama da virtualidade, servindo como ponte de partida para a concretização da norma. Assim, o dever ser perde a sua qualidade imperativa e, conseqüentemente, sua eficácia real, que surge apenas no caso fático. Desse modo, para realmente existir a concretização da norma jurídica, dotada de eficácia real, o direito “puro”, como posto por Kelsen, deve se tornar “impuro” pela realidade.

O último esclarecimento pertinente a esse respeito é que a norma incide no momento específico. A norma é um processo interpretativo. Assim, em qualquer cenário, não há solução pré-definida, nem é possível reaplicar uma norma, ela é única e irrepetível. A norma incide em um caso concreto como um raio: não é possível seu aprisionamento, é um momento, um fragmento que não se perpetua, se apagando no momento subsequente. O que remanesce é apenas uma fotografia do raio: o texto normativo.

¹² MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metodica Estruturantes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 137

Não existe norma replicável em outros casos sem que se transforme em texto normativo posterior, passível de interpretação. Súmulas e precedentes são vinculantes, enquanto norma, para a decisão paradigma que as origina. Posteriormente, transformam-se em textos normativos como qualquer lei, que, quando da incidência em um caso concreto, passarão por novo processo interpretativo enriquecedor de forma a exsurgir a norma naquele caso individual.

1.2.2. Superação da discricionariedade jurídica

A nova estrutura jurídica concebida com o nascimento do Estado Constitucional extirpou a concepção de que a validade da norma dependeria apenas de critérios formais, mas sim, incorporou por ínsita à concepção da ciência jurídica uma dimensão valorativa. É nesse contexto que ocorre a superação do positivismo, e seu aprimoramento a partir do pós-positivismo, que teve por cerne a criação de um Direito com exigência de um ideal de justiça e que tutela direitos individuais. A dignidade humana é posta como valor-fonte norteadora dos sistemas jurídicos, que não mais podem ser concebidos dissociados de uma base principiológica e que necessariamente precisam canalizar esforços para solucionar as falhas do aspecto prático da ciência jurídica. Nesse sentido, os holofotes da ciência jurídica voltam-se ao viés interpretativo do Direito.

A lástima imperdoável do positivismo foi conceber o Direito como moralmente neutro. O positivismo relegou o problema central do fenômeno jurídico: o da aplicação prática, para segundo plano, aceitando a discricionariedade judicial como espécime de efeito colateral inerente ao sistema jurídico. O positivismo cuidou apenas da epistêmica jurídica, cujos mecanismos teóricos não foram capazes de conter a razão prática.

O problema da aplicação prática do Direito foi ignorada pelo positivismo, que ao revés de propor soluções para o imbróglio, apenas aceitou como fatalidade que o intérprete teria abertura para desenvolver uma estrutura argumentativa a partir de seus melhores juízos, de forma a solucionar o caso e nesse sentido, indiferente a

justiça ou injustiça da decisão. O positivismo admite a tomada de decisões a partir de critérios particulares.

Dessa maneira, para Dworkin, uma teoria geral do direito deve sempre estar alinhada com os pensamentos da filosofia e da moralidade, tendo como escopo a visão da natureza humana e a moral. Por conta disso, é inerente à ciência jurídica posicionamento definido frente às questões filosóficas, mesmo sobre aquelas em que ainda há conflito.

Tendo isso em vista, o autor elabora uma espécie de “teoria dominante” (*ruling theory*), que teria como finalidade proporcionar os pilares normativistas do Direito. Entretanto, não há como afastar do direito positivado a noção de que indivíduos podem ter direitos que não estão explicitamente escritos na legislação vigente.

Legal positivism rejects the idea that legal rights can pre-exist any form of legislation; it rejects the idea, that is, that individuals or groups can have rights adjudication other than the rights explicitly provided in the collection of explicit rules that compose the whole of a community's law. Economic utilitarianism rejects the idea that political rights can pre-exist legal rights; that is, that citizens can justifiably protest a legislative decision on any ground except that the decision does not in fact serve the general welfare.¹³

Dessa maneira, Dworkin entende que o Direito é um conceito interpretativo, não podendo haver um entendimento neutro a respeito de um determinado tema, principalmente no momento de realizar uma sentença. Dessa maneira, seria imprescindível a atribuição de uma carga valorativa dos conteúdos normativos, para que então seja possível uma interpretação segura do caso. Nesse sentido, a atividade jurisdicional seria guiada a partir de noções pré-estabelecidas.

Dworkin concebe a ideia de que as decisões judiciais não devem ser pautadas pela discricionariedade, e sim pelos princípios existentes no ordenamento jurídico. Para tanto, em sua obra *Law's Empire*, o jusfilósofo apresenta diversos precedentes judiciais norte-americanos a fim de exemplificar o seu pensamento.

Um dos julgamentos, caso *Riggs v. Palmer*, em linhas gerais, trata sobre o fato de Elmer Palmer ter assassinado o seu avô, por meio de envenenamento, com intuito de receber a sua herança, pois ele estava com receio de que, como o seu avô tinha acabado de se casar, haveria uma mudança em seu testamento. O processo,

¹³ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002. p. XI.

portanto, trata sobre se Palmer teria o direito ou não de receber a herança deixada por seu avô.

Elmer, por meio de seu advogado, alegou que na época a lei (estatuto do testamento/herança) não excluía o herdeiro do testamento em caso de assassinato e, em razão disso, ele teria o direito de receber a fortuna. Alegou, ainda, que caso ele não recebesse a herança, os magistrados estariam indo contra a própria vontade de seu avô, agindo, inclusive, de forma contrária à lei.

Houve, em razão disso, opiniões dissidentes entre os juízes. Um deles, o juiz Gray (voto vencido), entendeu que a lei deve ser interpretada de forma absoluta e abstrata, sem que fosse analisado o caso específico. Assim, Grey votou de forma favorável a Elmer, visto que a lei não excluía o herdeiro do testamento. Isso porque, não há como saber se o avô de Elmer teria mudado de opinião caso ele soubesse que seria assassinado, afinal, ele poderia ter mantido o seu neto no testamento apesar disso.

Por outro lado, o juiz Earl (voto vencedor) concebeu o entendimento de que a lei deve ser interpretada conforme o intuito do legislador (interpretação teleológica). Destarte, seria inconcebível acreditar que os legisladores teriam acreditado que assassinos poderiam receber a herança sem consequência. O juiz Earl afirmou, ainda, que a lei deveria ser criada tendo como pano de fundo os princípios gerais do Direito, não podendo ser criada de modo a isolar a história. Isso porque (i) os legisladores tendem a criar lei de acordo com os princípios da justiça; e (ii) as leis devem ser analisadas de forma sistemática.

Dessa maneira, fica evidente de que no caso ilustrado, os juízes interpretaram a lei e aplicaram ela conforme melhor entenderam. O voto majoritário, encabeçado pelo juiz Earl, utilizou de princípios para excluir o herdeiro de testamento, a despeito de inexistir regra explícita no ordenamento jurídico que permitisse isso.

Essa maneira de aplicação do Direito foi chamada por Dworkin de interpretação construtiva, no qual o intérprete da lei deve valer-se dos valores estruturantes do sistema jurídico para chegar a uma decisão judicial, contornando, assim, a discricionariedade jurídica.

Contudo, em um primeiro olhar, parece que em um caso concreto, o destino do julgamento pode ficar à *mercê* da interpretação do magistrado. No caso do Elmer, por

exemplo, os juízes tiveram duas interpretações distintas, uma que seria favorável e a outra desfavorável. Todavia, essa forma de aplicação do direito se assemelha ao neoconstitucionalismo, o qual já teve suas fragilidades expostas no início deste capítulo.

Tanto Dworkin, como os demais teóricos do pós-positivismo, elaboram sua teoria para contornar a discricionariedade jurídica, com a finalidade de elaborar uma teoria da decisão, que seria, em resumo, a forma correta de se aplicar o direito no caso concreto.

O princípio da integridade, a forma de aplicação da lei, parte da presunção de que os juízes teriam o dever de identificar obrigações e regras legais, com o pressuposto de que elas foram criadas por um só autor: uma espécie de personificação da comunidade. De acordo com a integridade, o Direito só pode ser considerado verdadeiro se ele seguir os princípios da justiça, equidade e o devido processo legal que melhor compreendem a interpretação construtiva da prática jurisdicional elaborada pela comunidade.¹⁴

Para melhor elucidar como a integridade estrutura o direito, Dworkin propõe a metáfora do romance em cadeias, comparando o direito com uma obra literária, na qual cada capítulo é escrito por um autor diferente. Os autores possuem um único objetivo: fazer com que o livro seja o melhor possível e que pareça que tenha sido feita por um só autor. Para tanto, esses romancistas têm a obrigação de seguir aquilo que foi estabelecido nos capítulos anteriores. Transportando essa ideia ao Direito, os intérpretes da lei têm que respeitar o padrão argumentativo composto no sistema jurídico como forma de manutenção da coerência e integridade do sistema.

A única hipótese que autorizaria o juiz a agir em desconformidade com os padrões anteriores seria garantir a própria integridade do Direito, expressa pelos princípios. Nesse prisma, a integridade deve ser tida também como um fator de correção da coerência. Ainda assim, não se ignora o dever de *accountability* e consequencialismo, quer dizer, existe a obrigação de fundamentar o motivo pelo qual a solução nova melhor se coaduna com os princípios e as regras que norteiam o sistema, não podendo simplesmente ignorar o padrão argumentativo anterior.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986. p. 225.

O jusfilósofo explica os três princípios que servem para conduzir e orientar a forma de interpretação e aplicação do Direito. A justiça procura alcançar o melhor resultado do sistema, isto é, a melhor forma de distribuir oportunidades, bens e outros recursos. A equidade serve para estruturar esse sistema, buscando o melhor modo de influência sobre a distribuição. O devido processo legal aplica da forma correta os procedimentos necessários para que as regras produzidas pelo sistema sejam cumpridas.

Partindo dessas premissas, Dworkin concebe a forma correta de atuação do magistrado para alcançar a decisão judicial correta (tese da única resposta) a partir da figura imaginária do juiz Hércules, segundo a qual ao proferir um julgamento o juiz deve buscar garantir manter a integridade e coerência do sistema, respeitando os padrões argumentativos anteriores e, propondo uma solução à luz dos princípios orientadores. Entenda:

Hercules interprets history in motion, because the story he must make as good as it can be is the whole story through his decision and beyond. He does not amend out-of-date statutes to suit new times, as the metaphysics of speaker's meaning would suggest. He recognizes what the old statutes have since become.¹⁵

Diante do exposto, para Dworkin, a aplicação da lei é totalmente vinculada, não havendo espaço para o agir discricionário. Dessa maneira, quando as regras forem vagas ou indeterminadas, o jurista deve partir da dimensão valorativa do direito para, então, aplicar os princípios que regem o ordenamento jurídico, existindo um caráter de complementariedade entre regras e princípios, os quais devem ser articulados pelo magistrado para fornecer a melhor solução ao caso concreto.

1.3. Comparação entre os modelos jurídicos: *commom law* x *civil law*

Os modelos jurídicos adotados no ocidente podem ser divididos em *civil law* e *common law*, os quais surgiram de forma distinta, baseados a partir de uma

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986. p. 350.

construção sociológica-histórica de cada país, o que teve como consequência a eclosão de tradições jurídicas típicas.

O início do surgimento dos dois sistemas ocorreu por volta do início do século XIV, momento em que a França desenvolveu o seu parlamento, enquanto a Inglaterra desenvolveu o seu tribunal. Essa diferença de foco que serviu como gênese para o que conhecemos hoje como *civil law* (França) e *common law* (Inglaterra).

Isso porque, com o fortalecimento parlamentar, o direito francês ampliou as práticas escritas, enquanto o direito inglês passou a se basear na oralidade dos tribunais. Ademais, os franceses apresentavam uma cultura mais sistemática, o que resultou em uma codificação maior do direito material, enquanto os ingleses buscavam uma resposta mais prática aos casos concretos, por meio de decisões dadas pelos magistrados.

Nota-se, portanto, que a Inglaterra possui uma tradição focada no Poder Judiciário, principalmente depois de sua desvinculação ao Poder Executivo no início do século XVIII, graças ao *Act of Settlement*, que proibiu que a realeza nomeasse os juízes dos tribunais. Doravante, em razão dessa vitória, que ocorreu durante o iluminismo, os magistrados passaram a ser conhecidos como defensores do Direito, o que lhes outorgou uma atuação especial no âmbito jurídico. No entanto, a Inglaterra também possui um direito legislativo, baseado na criação de leis pelo Parlamento. Contudo, o direito inglês considera essa atuação Legislativa como algo secundário, que deve ser aplicada de forma restrita e excepcional, enquanto os conceitos e instituições jurídicas firmados ao longo da história, por meio dos tribunais, devem ser considerados a principal fonte do direito (*common law*).

O *civil law*, por outro lado, surgiu em virtude do enfoque dado ao Poder Legislativo em seus países, como aconteceu na França. Destarte, as leis criadas pelos parlamentos dispunham de uma hierarquia maior, tornando-se a principal fonte do direito. Nesse prisma, os magistrados, ao invés de interpretarem a lei com base nas decisões feitas no passado (como é feito no *common law*), eles empregam a técnica da história legislativa. Portanto, uma das características principais que distinguem os modelos jurídicos é a metodologia para a aplicação do direito: o *civil law* utiliza as leis codificadas (*code law*) enquanto o *common law* utiliza as decisões passadas dos tribunais (*case law*). Todavia, apesar dessa diferença de metodologia, um país que utiliza o *civil law* pode se valer do *case law*, e vice-versa.

Capítulo 2. Os efeitos oriundos das decisões

2.1. Precedente judicial x jurisprudência

Cabe destacar que a aplicação do precedente e da jurisprudência no Direito está se tornando cada vez mais popular, não sendo mais uma técnica exclusiva do *common law*. Na realidade, os juristas modernos do *civil law* estão cada vez mais utilizando esses institutos para fortalecer os seus argumentos jurídicos com base nos entendimentos dos Tribunais.

Entretanto, atualmente existe uma concepção de que precedente e jurisprudência são sinônimos, o que é um equívoco. A diferença entre eles será tratada nos itens a seguir, nos quais serão expostos as características de cada um e o seu emprego no ordenamento jurídico.

No Brasil há, atualmente, diversas tentativas de instituir o mecanismo do precedente judicial no sistema normativo, com a finalidade de gerar maior isonomia e celeridade processual. Todavia, essa pressa legislativa de introduzir esse instituto no sistema pátrio acaba ocasionando uma série de problemas – que serão abordados de forma pormenorizada no final do capítulo 3 (conclusões iniciais) –, pois ignoraram toda evolução histórica e sociocultural dos países do *common law*, como a Inglaterra e os Estados Unidos.

2.1.1. Julgamentos reiterados

A jurisprudência pode ser definida, em modo genérico, como os julgamentos reiterados executados por um Tribunal a respeito de um tema específico. Em outros termos, a respeito do seu caráter quantitativo, a jurisprudência alude a uma pluralidade de decisões relacionadas a uma gama de variedade de casos concretos, podendo chegar na casa de milhares de decisões repetitivas.

De forma preliminar, a função, em regra, dos magistrados e dos Tribunais é a solução dos conflitos e a aplicação da lei (*latu sensu*) no caso concreto. Dada a natureza do ser humano e do convívio em sociedade, há um grande volume de ações e recursos que são interpostos diariamente. Quer dizer, os juízes precisam julgar uma série gigantesca de processos, o que acaba resultando em decisões conflitantes.

Conforme definição concebida acima, essas decisões heterogêneas também formam a jurisprudência, causando segurança jurídica aos tutelados, já que o próprio Tribunal pode proferir decisões divergentes a respeito de um mesmo caso. Surge, destarte, a necessidade de fornecer uma maior importância para a jurisprudência uniforme (ou dominante), que seriam as decisões decretadas em sentido igual acerca de um mesmo tema. Essa jurisprudência uniforme serviria como um critério a ser observado pelo magistrado ao emitir a sua decisão, se tornando, assim, uma fonte do direito.

Portanto, de acordo com os escritos apresentados por Luiz Guilherme Marinoni, *“a jurisprudência uniforme do tribunal é formada a partir do resultado dos recursos, que devem espelhar determinada solução interpretativa, expressa na fundamentação e na ementa do acórdão”*¹⁶.

Diante disse, a jurisprudência passou a ser usada em massa apenas pelo conteúdo de sua ementa, originado uma espécie de “enunciado”, tendo como característica a semelhança com os textos normativos. Disso compreende-se que a jurisprudência não inclui os fatos narrados para a construção do caso concreto, quer dizer, a sua utilização não está baseada na analogia dos fatos que compõem o caso, e sim em uma mera aplicação de regras em situações sucessivas.

Destarte, em regra, os fatos não possuem importância alguma para a formação da jurisprudência, e sim a forma como o texto normativo deve ser interpretado. A partir dessa noção, é inegável que o emprego da jurisprudência pode ser problemático, uma vez que essa construção é colocado sob a ótica do pós-positivismo. Lembrando, a norma está totalmente intrínseca aos acontecimentos do caso concreto, não sendo possível a aplicação pura do direito abstrato. Portanto,

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 291.

quando a jurisprudência restringe a narração dos fatos, a aplicação dela também deveria ser restringida.

2.1.2. Teoria dos precedentes

2.1.2.1. A compreensão e utilização dos precedentes judiciais

Convém admitir, em um primeiro momento, que os precedentes judiciais também são confundidos com as súmulas vinculantes, introduzidas no sistema normativo brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45 de 2003, que serão abordadas mais adiante.

Um dos elementos essenciais do precedente judicial é o *stare decisis*, que tem origem no ditado *stare decisis et non quieta movere*, o que significa, em tradução livre, que é para manter as decisões e não mexer naquilo que está quieto. Disso constata-se a base axiológica para a aplicação do precedente: aquilo que foi decidido de certa maneira no passado também deve ser decidido assim no futuro. Aqui há a primeira grande distinção entre precedente e jurisprudência. Enquanto esta é concebida apenas quando há uma repetição de julgamentos, aquele é contemplado em apenas uma decisão. Importante, contudo, fazer uma distinção a respeito desse ponto. Ao afirmar que o precedente nasce de apenas uma decisão, nem toda decisão constitui um precedente. Isso porque, para uma decisão se tornar um precedente é necessário contemplar características específicas, que serão analisadas a seguir.

Nesse prisma, o *stare decisis* não deve ser atribuído meramente à noção de “*aplicação da regra de solução análoga para casos iguais, pois essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo (...)*”¹⁷. Para melhor entender essa superação, deve ser conferido ao precedente judicial uma organização das decisões, no qual há a *ratio decidendi* (ou *holding*) e o *obter dictum* (*dicta*).

¹⁷ ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 906.

A evolução da teoria dos precedentes passou por uma mudança importante no final do século XVII, quando diversos jusfilósofos da Inglaterra se opuseram ao positivismo jurídico, promovendo a ideia de que os princípios legais – advindos da ciência natural e dos métodos experimentais – precisam necessariamente da validação da sociedade para produzirem efeitos na tradição jurídica. Diante disso, nasceu a concepção de que as gerações sucessoras aprimoravam o seu Direito com base nas experiências do passado. Em outras palavras, a cultura histórica permeou o Direito inglês com o propósito de conservar a tradição.

Portanto, em conformidade com os pontos abordados no capítulo 1, o *common law* estruturou-se a partir da prática judiciária, baseada na metodologia casuística. Nesse contexto, as Cortes decidiam conforme os comportamentos sociais aceitos pela sociedade, buscando resguardar a cultura e a tradição formada pelo povo. Na presença dos casos concretos, as Cortes passaram a identificar, criar e aperfeiçoar princípios que iriam reger as decisões.

Destarte, fica evidente que antes mesmo da existência de uma teoria do precedente, o *common law* já utilizava as decisões proferidas no passado para solucionar conflitos futuros. Nota-se, assim, que no início de sua formação havia uma semelhança entre o precedente e a jurisprudência como conhecemos atualmente, tendo em vista que as decisões judiciais proferidas ainda não vinculavam o Tribunal, servindo apenas como costume dos magistrados, que aplicavam decisões parecidas quando se deparavam com fatos semelhantes.

Entretanto, com o surgimento do *stare decisis*, por volta do século XIX, as decisões proferidas passaram a possuir um caráter vinculante, forçando as Cortes a aplicarem a mesma decisão em casos semelhantes. A sua consolidação, portanto, ocorre a partir de uma evolução histórico-social das comunidades que utilizavam essa prática, não sendo necessária a imposição de uma regra escrita solidificando a exigência de seguir os precedentes. Com o nascimento da força vinculante dos precedentes, o conceito de *stare decisis* passou a distinguir a *ratio decidendi* da *obiter dictum*. Isso porque, a principal diferença entre ambos é que um possui efeito vinculante e o outro não.

Em um primeiro momento, cabe estabelecer que o precedente, portanto, é uma decisão paradigma que será reproduzida pelos demais órgãos judiciais para a resolução de casos análogos. Todavia, o Tribunal não tem o poder de escolher qual

decisão vai se tornar um precedente judicial, pois isso somente ocorre a partir de uma análise histórica. Destarte, a possibilidade de uma decisão ordinária se converter em uma decisão piloto vai depender da forma que ela será aplicada no futuro. Em outros termos, apenas quando uma decisão – principalmente sua *ratio decidendi*, conforme veremos mais adiante – for utilizada no futuro, tanto pelas partes como pelos magistrados, é que ela ganhará condição de precedente judicial. Seguindo essa linha, o jusfilósofo Jeremy Waldron argumenta:

Or putting it more directly in terms that apply realistically to courts: it is not until Js [*subsequent judge*] has made something of what Jp [*precedent judge*] did—inferring and applying a holding, a *ratio decidendi*—that we have anything that can form the basis of an expectation. (...) People will not form expectations just because one judge makes an explicit attempt to create them; they will wait and see how subsequent judges respond to Jp's attempt.¹⁸

Tendo isso em vista, a finalidade principal de uma decisão que se tornou precedente era solucionar o conflito do caso concreto. Waldron explica que o juiz original (*precedent judge*) cumpriu com o seu objetivo, que era a solução de um caso concreto por meio das normas. O juiz subsequente (*subsequent judge*), no entanto, estando diante de um caso semelhante, tem a obrigação de aplicar a mesma fundamentação e norma que o juiz original, para que o público geral veja o Tribunal como uma instituição sólida, segura e única, ao invés de um ambiente que aplica o Direito de forma individual, caso a caso¹⁹

A ontologia do precedente está constituída na fundamentação da decisão, ou seja, nas razões que levaram o magistrado a decidir daquele jeito. A causa de decidir, portanto, é o modo como o magistrado interpretou o texto normativo para alcançar a norma e aplicá-la ao caso concreto. Podem existir, a depender da complexidade do caso concreto, diversas normas e teses jurídicas abordadas na fundamentação da decisão. Contudo, a sua substância não é formada por inteiro de apenas normas e teses jurídicas relevantes, existem, em regra, pensamentos periféricos, que não possuem qualquer valor para a decisão.

Levando isso em consideração, para que seja feita a aplicação do precedente é necessário identificar a sua *ratio decidendi*, que é justamente a razão de decidir. O

¹⁸ WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. Michigan Law Review, volume 111, Issue 1, 2012. p. 11.

¹⁹ Ibidem, p. 23.

jurista Luiz Guilherme Mainoni, em seu livro *Precedentes Obrigatórios*, apresenta duas formas de identificação da *ratio decidendi*: o teste de Wambaugh e o método de Goodhart²⁰.

Wambaugh entende que a *ratio decidendi* é uma regra geral que, se porventura não fosse utilizada na fundamentação, o caso concreto teria uma decisão diferente. Assim, o seu modelo de teste consiste essencialmente em alterar ou retirar uma norma – ou como Wambaugh apresenta, a preposição – da fundamentação teórica de uma decisão. Se o caso for decidido de modo diferente, a preposição (norma) deve ser considerada *ratio decidendi*. Entretanto, se a decisão se mantiver, a preposição é apenas um *obiter dictum*. Esse método, contudo, possui uma falha irreparável. Isso porque, uma decisão pode estar fundamentada em duas preposições distintas. Nessa hipótese, cada uma dessas fundamentações podem levar o magistrado a chegar na mesma decisão, de forma independente. Quer dizer, a simples retirada ou alteração de uma delas não vai mudar a decisão. Portanto, segundo Wambaugh, essas preposições devem ser consideradas *obiter dictum*, apesar de ambas serem fundamentais para solução do caso concreto.

A metodologia apresentada por Goodhart, por sua vez, dá um maior enfoque aos fatos que constituem o caso concreto. Dessa maneira, Goodhart faz uma diferenciação entre fatos materiais e imateriais, na qual apenas o primeiro influenciaria a decisão do magistrado. O professor acredita que, na época de seu apontamento, existia uma ideia equivocada de que os fatos de um caso concreto são um fator constante, e que a conclusão do magistrado está baseada em uma premissa fixa de um determinado conjunto de fatos. Entretanto, os fatos não são uma constante, eles são relativos²¹. Destarte, a depender do observador, os mesmos fatos podem ser interpretados de forma distinta, podendo chegar a conclusões diversas.

The judge founds his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a larger mass of facts, some of which might seem significant to a layman, but which, to a lawyer, are irrelevant. The judge, therefore, reaches a conclusion upon the facts as he sees them. It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others. (...) It is by his choice of the material facts that the judge creates law.²²

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 159.

²¹ GOODHART. Arthur Lehman. *Determining the ratio decidendi of a case*. Yale Law Journal, volume XL, number 2, 1930. p. 169.

²² Idem.

Portanto, a razão de uma decisão está baseada na interpretação do magistrado dos fatos existentes do caso concreto, e de como ele seleciona quais fatos são relevantes para a sua decisão – os fatos materiais. Assim, o primeiro passo para determinar a *ratio decidendi* (também referida pelo autor por *the principle of a case*) é verificar os fatos materiais sobre os quais o juiz baseou sua conclusão. O desafio, nesse método, é identificar quais fatos são considerados materiais, que estariam presentes, *prima facie*, no relatório da decisão.

Goodhart, ao final de seu texto, sintetiza os principais passos para identificar os fatos materiais, que são (na tradução livre):

- (1) Todos os fatos relativos à pessoa, tempo, lugar, espécie e quantidade devem ser considerados imateriais, a menos que seja expressamente declarado como material.
- (2) Se não houver voto do magistrado, ou se o voto não utilizar fatos, então todos os outros fatos do registro devem ser tratados como material.
- (3) Se houver um voto do magistrado, então os fatos como declarados no voto são conclusivos e não podem ser contraditos pelos registros.
- (4) Se o voto do magistrado omitir um fato que aparece no registro, isto pode ser devido (a) a uma supervisão, ou (b) a uma conclusão implícita de que o fato é irrelevante. Este será assumido como sendo o caso na ausência de outras evidências.
- (5) Todos os fatos que o juiz declara especificamente serem imateriais devem ser considerados imateriais.
- (6) Todos os fatos que o juiz implicitamente trata como imateriais devem ser considerado irrelevante.
- (7) Todos os fatos que o juiz declara especificamente serem materiais devem ser considerados materiais.
- (8) Se o voto do magistrado não fizer distinção entre fatos materiais e imateriais, então todos os fatos apresentados devem ser considerados materiais.
- (9) Se em um caso há vários votos que concordam quanto ao resultado, mas diferem quanto aos fatos materiais, então a *ratio decidendi* é limitada de modo a se ajustar à soma de todos os fatos materiais trazido pelos magistrados.
- (10) Uma conclusão baseada em um fato hipotético é uma *dicta*. Por fato hipotético entende-se qualquer fato cuja existência não tenha sido determinada ou aceita pelo magistrado.²³

Apesar da notoriedade da tese apresentada por Goodhart, a sua metodologia enfrentou críticas. Isso porque, o seu método determina que a *ratio decidendi* de um precedente está diretamente ligada à situação fática do caso *sub judice*. Entretanto, raramente os fatos vão se repetir da mesma forma, pois cada caso concreto possui

²³ GOODHART. Arthur Lehman. *Determining the ratio decidendi of a case*. Yale Law Journal, volume XL, number 2, 1930. p. 182 – 183. Tradução livre.

suas próprias peculiaridades. Assim, seria impossível existir uma decisão com um nível de generalidade aceitável para constituir um precedente. Nesse prisma, Marinoni entende que o método fático deve servir apenas para auxiliar o enquadramento do precedente, e que a fundamentação teórica ainda deve ser a principal fonte para determinar a *ratio decidendi*²⁴.

Superadas essas definições, Alfred William Brian Simpson, em sua coletânea *The Ratio Recidendi of a Case*²⁵, refina a conceituação dada por Rupert Cross. Para o jusfilósofo, a *ratio decidendi* é a conjuntura de regras jurídicas imprescindíveis para a solução do caso concreto. Os demais fundamentos, considerados periféricos ou secundários, seriam considerados *obter dicta*.

Ainda, o professor Lênio Streck, em seu livro *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*, sintetiza a concepção de *ratio decidendi* na “regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso”²⁶. Não se pode, entretanto, interpretar essa regra de forma isolada, “uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou”²⁷. A *ratio decidendi*, destarte, tem como objetivo impedir a discricionariedade jurídica nas decisões proferidas pelos Tribunais, servindo como fundamento jurídico para solução da lide, principalmente no *common law*.

Compreendido o conceito de *ratio decidendi*, cabe ainda definir de forma concreta o *obtier dictum*. Partindo de um raciocínio baseado na exclusão, o *obiter dictum* seriam as demais fundamentações jurídicas que não foram relevantes para a solução do caso concreto. Assim, as *dicta* mais comuns são as que (i) não estão associadas com as situações fáticas do caso concreto; (ii) não são úteis para o resultado do processo; e (iii) não estão relacionadas aos pedidos da parte.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 162.

²⁵ SIMPSON, Alfred William Brian. *The Ratio Decidendi of a Case*. Incluído em: *Modern Law Review*, volume 21, number 2, 1958.

²⁶ STRECK, Lênio; ABBOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 42.

²⁷ *Ibidem*, p. 42.

Inegável, contudo, que a *ratio decidendi* e a *obiter dictum* podem sofrer mutações, diante das evoluções socioculturais da sociedade. Quer dizer, uma questão que antes era considerada apenas periférica para a questão, agora possui um valor fundamental. Portanto, a partir da interpretação da nova circunstância fática, tendo em vista o desenvolvimento social e possível mudança de valores, um entendimento que antes era apenas subsidiário para o julgamento na época se transformar em uma *ratio* para compor a decisão atual. Ainda, a própria *ratio* possui um caráter de flexibilidade, podendo ser restringida ou ampliada a depender da análise do caso concreto. Há, destarte, uma mutabilidade entre esses conceitos, tendo em vista a aplicação do paradigma pós-positivista. Importante estabelecer a diferença entre elas, pois apenas a *ratio decidendi* possui efeito vinculante.

O professor Georges Abboud elenca três passos para a aplicação dos precedentes judiciais nos casos concretos. Em primeiro lugar, é necessário realizar triagem dos precedentes considerados semelhantes ao caso que será decidido, levando em consideração o mérito. Então, o magistrado deve selecionar, entre os precedentes escolhidos, qual a *ratio decidendi* que pode ser empregada pelo magistrado para proferir uma decisão judicial do caso em julgamento. Por último, o juiz deve se atentar às particularidades do caso concreto que podem servir de óbice para a aplicação do precedente, devendo, então, se utilizar de mecanismos próprios de revisão (*distinguishing* e *overruling*).

2.1.2.2. O precedente judicial no direito brasileiro

No direito brasileiro, atualmente, há uma tentativa de imitar a teoria dos precedentes como existe no *common law*, por meio da criação de mecanismos como a súmula vinculante, os recursos excepcionais repetitivos e o acórdão que julga o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Entretanto, conforme iremos demonstrar a seguir, esses provimentos vinculantes não podem ser equiparados ao precedente judicial.

O fator histórico que estruturou a teoria do precedente no *common law* não aconteceu de modo igual no sistema brasileiro. Na Inglaterra, por exemplo, as Cortes

decidiam por meio casuístico, com a finalidade de preservar a cultura e os valores sociais, conforme explicado no item anterior. Quer dizer, o *common law* possui uma tradição histórica em aplicar materialmente as decisões proferidas no passado para solucionar os casos atuais. Por outro lado, o mesmo não ocorreu no *civil law*, que possui a característica histórica de julgar os casos baseados apenas no que está escrito na lei.

Nesse prisma, a criação dos instrumentos de provimentos vinculantes tinha como finalidade tornar o *civil law* em um sistema mais parecido com o *common law*. Entretanto, o professor Georges Abboud define bem como na prática esses mecanismos estão sendo utilizados: “O antigo juiz boca fria da lei é substituído por um juiz boca fria da súmula ou ainda boca fria de qualquer provimento vinculante dos tribunais superiores”²⁸. Em outras palavras, os mesmos equívocos que eram cometidos durante o positivismo continuam sendo cometidos atualmente.

Surge, ainda mais, a necessidade de entender as crenças do pós-positivismo. Ronald Dworkin e, posteriormente, Friedrich Müller, criaram uma teoria estruturante do direito para superar os problemas do positivismo. Assim, em suma, a norma não deve ser equiparada ao mero texto normativo, de modo que as decisões judiciais não podem simplesmente partir de uma lei geral e abstrata para a solução do caso concreto, deve ser necessário contemplar as situações fáticas de cada caso concreto (a superação do positivismo foi examinada de modo mais detalhado no capítulo 1).

Portanto, esses provimentos vinculantes utilizados atualmente no ordenamento jurídico brasileiro esbarram novamente nesse problema, só que ao invés da lei geral e abstrata ser formulada pelo Legislativo, ela é feita pelo Judiciário. Isso porque, uma decisão feita pelo Judiciário que contém uma norma pronta (leia-se: geral e abstrata), deve ser aplicada de modo obrigatório por todas as instâncias do Direito, sem que seja utilizado a hermenêutica baseada no pós-positivismo. Destarte, os precedentes não se assemelham aos provimentos vinculantes que existem no *civil law*, pois estes acabam sendo utilizados sem maiores reflexões, enquanto aquele acaba sendo interpretado a partir da *ratio decidendi*. Assim, o jurista L.G. Marinoni demonstra que o precedente se assemelha às crenças pós-positivistas:

²⁸ ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 952.

*De outra parte, é vital saber usar o precedente, identificando-o como algo que, ao mesmo tempo que orienta as pessoas e obriga os juízes, não imobiliza as relações sociais ou impede a jurisdição de produzir um direito consentâneo com a realidade e os novos tempos.*²⁹

Sob esse contexto, a aplicação do precedente judicial não deve ser feita de forma mecânica, utilizando do silogismo para solucionar casos futuros. A própria noção da *ratio decidendi* implica em um extensivo processo de interpretação para verificar se existe a possibilidade de aplicação no caso similar. Inclusive, a *ratio* implica que o que está sendo analisado e debatido é o fundamento jurídico formalizado pelo juízo precedente. Muito diferente do que ocorre com os pronunciamentos vinculantes, no qual, em regra, é aplicado, por subsunção, apenas o dispositivo (a tese formulada no caso).

Além disso, os precedentes não nascem no momento em que a decisão judicial é proferida, o seu surgimento depende de como os juízos subsequentes vão utilizar aquela decisão. Quer dizer, a gênese do precedente depende de um processo histórico. Por outro lado, os pronunciamentos judiciais nascem no mesmo momento em que eles são criados, ou seja, os Tribunais obrigam que eles sejam respeitados a partir do momento em que são inseridos no ordenamento jurídico.

2.1.2.3. A revisão dos precedentes judiciais

Conforme mencionado anteriormente, a última etapa do processo de aplicação do precedente é verificar se a *ratio decidendi* realmente pode ser utilizada no caso sob julgamento, aplicando as técnicas do *distinguishing* (distinção) e *overruling* (superação ou revogação).

No *common law*, os magistrados devem empregar o *distinguishing* quando a *ratio decidendi* ou os fatos relevantes do precedente judicial não se “encaixam” ao caso subsequente sob julgamento. De acordo com Jeremy Waldron, isso ocorre quando um caso pode parecer superficialmente similar a outro, mas o magistrado está seguro de que existem diferenças que excluem a simples submissão do caso

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 152.

subsequente à mesma regra que decidiu o caso precedente³⁰. Em princípio, não há uma diferença entre a utilização dessa técnica e simplesmente reconhecer que uma lei positivada não se aplica ao caso concreto. Destarte, a eventual não aplicação do precedente não insinua que ele constitui uma “lei ruim”, apenas que naquela situação ele não é admissível.

No entanto, há de se tomar cuidado ao realizar o *distinguishing*, pois existem certas armadilhas que o magistrado pode cair. Em primeiro lugar, existir uma diferença dos fatos nem sempre implica necessariamente que deve haver a distinção, visto que podem existir fatos que não são relevantes para o caso. Portanto, o magistrado, caso se depare com situações fáticas distintas, deve argumentar e justificar o motivo pelo qual ela aplicou – ou não – o precedente judicial no caso *sub judice*.

Dessa maneira, ao se valer do *distinguishing*, o magistrado está realizando uma declaração negativa, não criando, por si só, um direito novo. Quer dizer, o emprego do mecanismo da distinção não constitui um direito novo, ele apenas serve para declarar que aquele direito composto no precedente não serve ao caso concreto analisado.

Ademais, conforme abordado no tópico anterior, a *ratio decidendi* pode ter os seus efeitos limitados ou estendidos. Diante desse contexto, uma das funções do *distinguishing* é justamente esse fator de alterar o alcance da *ratio decidendi* do precedente para poder acomodar à nova situação fática do caso subsequente.

Outro técnica utilizada pelos Tribunais para revisar a aplicação dos precedentes judiciais é o *overruling*. Retomamos a ideia de Dworkin do “romance em cadeias”, no qual o magistrado tem como finalidade manter a coerência e integridade do sistema ao respeitar o padrão argumentativo composto no sistema jurídico. Em outras palavras, há uma relação intrínseca entre a aplicação dos precedentes judiciais e manutenção da coerência como forma de legitimidade. Assim, caso o magistrado acredite que, para manter a coerência e a integralidade do sistema jurídico (isso ocorre, em regra, por conta das mudanças socioculturais de uma sociedade), o precedente deva ser revogado, ele aplica a técnica do *overruling*. Destarte, o *overruling* é essencial para o desenvolvimento do Direito.

³⁰ WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. Michigan Law Review, volume 111, Issue 1, 2012. p. 25.

Marinoni elenca dois requisitos fundamentais para a utilização do *overruling*: a perda da congruência social e a eclosão de inconsistência sistêmica³¹. Entende-se por perda da congruência social quando o precedente não atende mais as premissas morais, políticas e sociais de uma sociedade. A inconsistência sistêmica, por seu turno, ocorre quando o precedente não está mais em harmonia com as demais decisões proferidas pelos Tribunais.

Jeremy Waldron concebe a ideia de que toda lei é mutável, mas que a frequência com que ela se altera deve ser mínima. Por conta disso, deve existir um mecanismo que possibilita a revogação do precedente. Assim, Waldron estabelece algumas hipóteses quando isso pode ocorrer: quando o juízo subsequente concluir que o precedente estabelecido não reflete mais todas as bases materiais existentes; e quando houve um erro material na interpretação do juízo precedente. Contudo, o teórico de direito alerta que a mudança no entendimento “jurisprudencial”³² deve ser feito de modo cauteloso, posto que decisões judiciais são proferidas todos os dias – e de modo frequente –, cada uma com o potencial de modificar a *rule of law*³³.

Destarte, percebe-se a importância de uma fundamentação vasta, detalhada e suficiente para aplicar o *overruling*, pois este tipo de decisão mexe com a estabilidade sistêmica do direito, podendo causar insegurança jurídica se feito de maneira rasa e equivocada. Dessa forma, evidente que a mudança de um paradigma jurídico não pode ser feito de maneira individualizada e pessoal, ela deve emanar de uma fonte jurídica com pilares já pré-estabelecidos: como trabalhos acadêmicos, doutrinas, outras decisões judiciais etc. Inclusive, a existência do mecanismo do *overruling* pode enriquecer ainda mais o debate acadêmico, pois viabiliza a discussão de teorias jurídicas de uma maneira mais pública e transparente.

2.2. Os provimentos jurídicos vinculantes

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 251.

³² Jeremy Waldron usa essa expressão como sinônimo de todas as decisões judiciais proferidas em um sistema jurídico.

³³ WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. Michigan Law Review, volume 111, Issue 1, 2012. p. 28.

2.2.1. Súmula vinculante

De maneira inicial, cabe esclarecer que a súmula vinculante foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004, estando positivada no artigo 103-A da Constituição Federal³⁴. Nota-se, portanto, que a súmula vinculante não foi incorporada no sistema jurídica por meio de uma evolução histórica, baseada na tradição de julgar casos pelo método casuístico, ela foi simplesmente imposta por força do Poder Legislativo.

A súmula vinculante, em oposição ao precedente, não tem o seu valor na *ratio decidendi* que fundamentou a decisão judicial, mas sim em seu enunciado genérico e abstrato, se assemelhando ao texto normativo de uma lei. Há, destarte, uma desvinculação do caso concreto que proporciona a edição da súmula, focando apenas no entendimento formulado. Por consequência lógica, os fundamentos jurídicos e as situações fáticas não acompanham a súmula vinculante.

A respeito disso, o Código de Processo Civil de 2015, no artigo 926, parágrafo 2º³⁵, obriga os Tribunais a contemplar os fatos que motivaram a criação da súmula, tentando manter, assim, um pequeno atributo da teoria dos precedentes. Entretanto, a observância das circunstâncias fáticas que originaram a súmula não é um requisito de validade para a sua aplicação. Desse modo, em virtude de seu caráter legislativo, a situação fática serve apenas como um norte interpretativo.

Ademais, como visto anteriormente, o precedente não tem como finalidade influenciar as decisões futuras, visto que esse caráter acaba ocorrendo de forma incidental e espontânea ao passar do tempo. Contudo, as súmulas possuem justamente essa característica, a criação de enunciados gerais e abstratos com o

³⁴ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

³⁵ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (...) § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

objetivo de decidir casos futuros, o que diminui a flexibilidade normativa. A sua natureza, portanto, é de “*observância obrigatória e eficácia pro-futuro*”³⁶.

Essa visão positivista vai de encontro com a hermenêutica, pois parte da premissa de que o criador da súmula vinculante – que, no caso do Brasil, atualmente, é o Supremo Tribunal Federal –, consegue antever todas as hipóteses de aplicação. Portanto, as súmulas incorrem no mesmo erro proporcionado pelo positivismo, de que o jurista deve apenas aplicar a lei ao caso concreto por meio do silogismo, desconsiderando que o caso concreto possui uma construção histórico-social com diversas peculiaridades que não podem ser solucionadas pelo simples método da subsunção.

Nesse contexto, a súmula vinculante possui sua força normativa justamente pela prescrição legal que estabelece o efeito vinculante da súmula após a sua edição e publicação pelo Supremo Tribunal Federal. Em outros termos, o alcance e a força da súmula vinculante não dependem de um extenso processo de interpretação, como ocorre com o precedente. Isso torna a súmula vinculante muito mais engessada, pois não há o caráter histórico em que se discute a aplicação do *stare decisis*, fruto de um vasto debate a respeito da fundamentação utilizada para averiguar se deve configurar *ratio decidendi* ou *obiter dictum*.

Em face do exposto, o professor Georges Abboud entende que a súmula vinculante é inexorável, havendo uma maior dificuldade em aplicar as técnicas de distinção e superação, ao contrário do precedente, que dinamiza o sistema jurídico, pois conteúdo está sempre passível de adaptação e controle pelo Poder Judiciário. O teórico do direito afirma, ainda, que as súmulas vinculantes adquiriram uma hierarquia maior do que a própria lei³⁷.

Diante disso, o magistrado deve ter um cuidado muito grande ao aplicar as súmulas vinculantes, de modo a não violar um dos princípios basilares do Direito: a motivação/fundamentação. Isso porque, surgiu a noção de que os enunciados das súmulas seriam “autoexplicativas”, ou seja, de que não existe a necessidade de justificar o uso delas. Isso fez com que as súmulas se tornassem a única fonte para a

³⁶ ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 977.

³⁷ *Ibidem*, p. 976.

solução dos conflitos, tendo como consequência o pronunciamento de diversas decisões sem fundamentação jurídica. No tocante a isso, segue a visão do jurista Lênio Streck:

Trata-se, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem é ousar contrariar súmulas. Nesse caso, conforme a EC 45, não caberá recurso, e sim reclamação... Ou seja, em *terrae brasilis a lei não vincula; a súmula sim, mesmo que ela seja ilegal/inconstitucional!*³⁸

Portanto, esse uso equivocado das súmulas vinculantes deve ser combatido. Em primeiro lugar, não se deve atribuir uma força normativa maior aos enunciados (como as súmulas) do que aos próprios textos normativos (as leis oriundas do exercício do Poder Legislativo). Dessa maneira, como a súmula vinculante tem a mesma natureza jurídica que um texto normativo, por consequência, deve seguir o mesmo regime jurídico. Portanto, se a lei pode sofrer o controle de constitucionalidade difuso, a súmula vinculante também pode. Isso permitiria uma maior maleabilidade das súmulas vinculantes dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.2. Decisões com efeito *erga omnes*

Importante destacar que uma decisão judicial é considerado um ato jurídico, que possui conteúdo e tem propensão a produzir efeitos. O conteúdo jurídico e os seus efeitos, no entanto, não devem ser confundidos. Em conformidade com as premissas metodológicas estabelecidas, o conteúdo de uma decisão judicial pode ser definido, em suma, como a norma jurídica criada pelo magistrado ao realizar e ao aplicar o texto normativo ao caso concreto. Os efeitos jurídicos, por sua vez, são todas as repercussões que decorrem em função da norma jurídica. Entre os efeitos de uma decisão judicial está o efeito *erga omnes*, que será abordado neste tópico.

³⁸ STRECK, Lênio; ABBoud, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 127 – 128.

O efeito *erga omnes* está previsto na Constituição Federal, no artigo 102, § 2º³⁹, e no artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99⁴⁰. O seu conceito deriva da expressão “produzirão eficácia contra todos”, justamente o significado da etimologia de *erga omnes* (*erga*: relativamente a; *omnes*: todos).

De início, portanto, o efeito *erga omnes* estaria reservado apenas às decisões proferidas no controle de constitucionalidade concentrado, não se estendendo para demais hipóteses. Contudo, a eficácia *erga omnes* não deve ser considerada característica exclusiva da jurisdição constitucional, uma vez que qualquer ação coletiva destinada a proteger os interesses difusos terá essa qualidade por força do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, importante ressaltar que a “eficácia contra todos” prevista no controle abstrato não abrange todas as circunstâncias do efeito *erga omnes*. Em outras palavras, o efeito *erga omnes* seria o gênero, para qual a eficácia contra todos seria uma espécie.

Todavia, o efeito *erga omnes* na jurisdição constitucional é indispensável, visto que as decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado permitem a correção e integridade do ordenamento jurídico, por meio das declarações de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis. Assim, se não houvesse a existência do efeito *erga omnes*, essas decisões não teriam caráter de força normativa, já que o sistema privado não estaria forçado a seguir essas declarações.

Qual seria, então, a força do efeito *erga omnes* no sistema jurídico brasileiro? O professor Georges Abboud e o Ministro Gilmar Mendes, em suas respectivas obras, indicam que a doutrina nacional não faz uma abordagem muito teórica a respeito do instituto do *erga omnes*. Assim, para entender a diferença entre o efeito *erga omnes* e os demais efeitos da sentença, os dois teóricos do Direito propõem uma comparação com o Direito Alemão.

No direito alemão, a decisão judicial no campo da jurisdição constitucional manifesta três efeitos principais, a *Rechtskraft* (coisa julgada), a *Bindungswirkung*

³⁹ § 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.

⁴⁰ 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.

(efeito vinculante) e a *Gesetzkraft* (força da lei). A força da lei confere à decisão judicial o caráter de efeito para todos (*erga omnes*), que vincula os particulares ao caso concreto julgado. Em outras palavras, na esfera do controle de constitucionalidade concentrado, quando o Tribunal Superior profere uma decisão judicial retirando uma lei ou mantendo ela no ordenamento jurídico (declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade), o efeito *erga omnes* tem por finalidade vincular todo âmbito particular, obrigando-os a seguir aquilo que foi decidido⁴¹.

Destarte, no direito brasileiro, a função do efeito *erga omnes* seria a mesma: vincular todos os particulares à decisão judicial, que pode ocorrer no controle de constitucionalidade concentrado ou quando houver a tutela de interesse difuso em ação coletiva.

2.2.3. Decisões com efeito vinculante

De maneira preliminar, importante destacar que o efeito vinculante não existe sem que haja a coisa julgada material, visto que o seu efeito está restrito às decisões definitivas de mérito, nos termos do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal⁴². Ademais, será tratada neste item, também, a diferença entre o efeito vinculante existente no controle de constitucionalidade abstrato e o efeito vinculante conferido aos diversos pronunciamentos judiciais por meio do artigo 927 do Código de Processo Civil.

O efeito vinculante atribuído para as decisões proferidas no controle concentrado tem como finalidade determinar que todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública sejam forçadas a seguir aquilo que foi determinado. É essa qualidade do efeito vinculante que dá azo para os jurisdicionados poderem utilizar o instituto da reclamação, estabelecido no artigo 102, inciso I, alínea “I”, da

⁴¹ ABBoud, Georges. NERY JÚNIOR, Nelson. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019. p. 898.

⁴² Importante salienta que, nesse caso, apenas o efeito *erga omnes* decorrente da decisão judicial no controle de constitucionalidade que depende de uma decisão judicial definitiva. Isso porque o seu efeito pode ser atribuído em tutela antecipada nas ações coletivas que tem como finalidade a proteção dos interesses difusos, nos termos do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Constituição Federal⁴³, que tem como objetivo confirmar e certificar que aquilo que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal será cumprido.

Levando isso em consideração, apenas o legislado não é atingido pelo efeito vinculante. Isso acontece porque o Poder Legislativo tem a função de agir como freio aos poderes do Tribunal Constitucional. Caso contrário, o Supremo Tribunal Federal possuiria poder absoluto sobre a Constituição, podendo agir como verdadeiro legislador.

Assim, sob uma ótica material, o efeito vinculante não poderia atingir o legislador, pois o colocaria em uma verdadeira posição de submissão em referência ao Poder Judiciário. Portanto, mesmo se o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o Poder Legislativo pode criar uma lei idêntica. Inclusive, isso pode ser considerado uma forma para que o Tribunal Constitucional reavalie o julgamento a respeito da constitucionalidade da lei. Sob o ponto de vista processual, caso houvesse essa vinculação, o legislador teria que arcar com os efeitos da sucumbência, o que não acontece.

Ademais, a vinculação do legislador teria como consequência uma maior rigidez do ordenamento jurídico, visto que o Poder Legislativo não poderia mais tratar sobre questões decididas inconstitucionais, noção que vai de encontro com o paradigma pós-positivista. Isso porque uma sociedade está em constante evolução social, cultural e política, o que interfere diretamente nos entendimentos e conceitos jurídicos. Destarte, uma decisão que no passado foi considerada inconstitucional, no futuro não ser, e vice-versa.

Todavia, o Poder Legislativo não possui carta branca para atuar sem qualquer tipo de limite. Nesse prisma, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência reiterada indicando que nos casos em que há fraude processual na revogação de uma norma impugnada por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, o julgamento não fica prejudicado. Segue exemplo:

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. FIXAÇÃO DO PISO
SALARIAL. SUPRESSÃO DA EXPRESSÃO ORA IMPUGNADA POR LEI
POSTERIOR. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO.

⁴³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

PREJUDICIALIDADE. 1. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que a intercorrência de revogação da norma impugnada gera a prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, em decorrência da perda superveniente do objeto. Precedentes. 2. Exceção à referida diretriz jurisprudencial diante dos casos de eventual fraude processual, ou seja, quando a revogação dos atos normativos visa burlar a jurisdição constitucional da Corte, ocasião em que o julgamento final da ação não fica prejudicado. Hipótese não verificada no presente caso concreto. 3. Agravo regimental a que se nega provimento⁴⁴.

Além disso, a vinculação das decisões proferidas no controle de constitucionalidade concentrado atingem o próprio Tribunal Constitucional. Contudo, essa vinculação deve ser considerada maleável, pois o Supremo Tribunal Federal, diante da mudança de entendimento jurídico ou de alteração expressiva das circunstâncias fáticas, tem o poder de rever a sua decisão judicial.

Ainda, existe a hipótese em que o magistrado pode alterar a sua concepção quando ele acreditar que as suas conclusões não possuem fundamentação totalmente segura, ou então quando as suposições que deram ensejo à decisão se mostraram incorretas. Portanto, *“deve-se aceitar uma flexibilização da vinculação do STF as suas decisões, em razão de alterações fático-jurídicas substanciais, ou ainda quando a interpretação anteriormente conferida pelo STF passe a ser inconstitucional”*⁴⁵.

Além disso, como discutido anteriormente nesta pesquisa, os magistrados que compõe o Tribunal Constitucional (no Brasil, os ministros do STF) não possuem onisciência, sendo impossível, portanto, que eles consigam reconhecer todos os efeitos e interpretações que podem surgir a partir da criação de uma lei ou de uma declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade dela. Destarte, surge a necessidade de que exista uma abertura para que seja possível reavaliar a decisão judicial, sempre devendo haver uma argumentação/fundamentação extensa e detalhada em caso de mudança de entendimento.

Em seguida, a pesquisa vai se debruçar a respeito do alcance do efeito vinculante das decisões judiciais, se ela afeta apenas o dispositivo da decisão ou se também se estende aos motivos determinantes, como acontece na *ratio decidendi*. Nesse prisma, o ministro Gilmar Mendes e o professor Georges Abboud divergem em sua posição.

⁴⁴ STF. ADI 4939 AgR/SP. Tribunal Pleno. Rel.: Edson Fachin. Julgamento em: 23/08/2019. Publicação em: 09/09/2019. Ementa.

⁴⁵ ABBOUD, Georges. NERY JÚNIOR, Nelson. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019. p. 898.

O professor Abboud entende que o efeito vinculante não pode se estender aos motivos determinantes da decisão, sob risco de engessar o sistema constitucional e violar os princípios da independência decisória do juiz, evitando a evolução do Direito.

O ministro Gilmar Mendes, por outro lado, forma sua concepção por meio do direito alemão. Lá, o Tribunal Constitucional alemão decidiu que o efeito vinculante deve ser estendido para a *ratio decidendi* do caso, impedindo que os magistrados e os Tribunais contrariem não apenas o dispositivo da decisão, mas também a fundamentação essencial dela. Isso porque, de acordo com o entendimento doutrinário alemão que defende essa extensão, limitar o alcance do efeito vinculante apenas ao dispositivo da sentença faria com que esse instituto fosse muito similar à coisa julgada. Assim, o caráter transcendente do efeito vinculante tem como finalidade preservar o desenvolvimento do entendimento jurídico constitucional formado, mas que, como acontece na teoria do precedente, pode ser revisado diante uma argumentação suficiente.

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece, em seu artigo 927, que os tribunais e juízes têm a obrigação de observar todos os provimentos judiciais (como por exemplo as decisões proferidas em Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, os acórdãos de Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, as súmulas vinculantes etc.), ampliando, destarte, o alcance das decisões que possuem efeito vinculante, que originalmente era limitado apenas para as declarações feitas no controle de constitucionalidade concentrado.

Esses provimentos vinculantes teriam as mesmas características que a súmula vinculante, que são, resumidamente: foram impostos no ordenamento jurídico, não há uma construção histórica; possuem natureza de lei geral e abstrata; finalidade de influenciar diretamente os casos futuros; e são inexoráveis, dificultando a utilização dos mecanismos de revisão.

Assim, uma decisão que originalmente serviria apenas para resolver a solução de conflitos em questão, passa a vincular os demais órgãos públicos, forçando-os a seguir o entendimento firmado. Uma das consequências disso é a possibilidade de manejar a reclamação em caso de descumprimento de decisões com efeito vinculante. A outra, no entanto, é que ao ampliar as decisões que são dotadas de efeito vinculante, há uma maior rigidez no ordenamento jurídico. Assim, uma consequência indesejável disso é que os Tribunais passam a se valer de uma

jurisprudência defensiva, por meio da força do efeito vinculante, sem de fato entrar no mérito dos casos futuros, que muitas vezes possuem peculiaridades fáticas.

Nesse sentido, Abboud concebe que o equívoco desses provimentos vinculantes não são um mal em si, mas sim a forma como estão sendo utilizadas. O teórico do direito entende que “*todo provimento vinculante, seja lei, súmula, acórdão paradigma são textos (dados linguísticos) passíveis de interpretação para se alcançar a solução dos casos que lhe são subjacentes*”⁴⁶. Em outros termos, se os Tribunais adotassem as técnicas decorrentes do pós-positivismo, os provimentos vinculantes seriam institutos bons para o ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁶ ABBOUD, Georges. NERY JÚNIOR, Nelson. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019. p. 909.

Capítulo 3. O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

O controle de constitucionalidade das leis pode ser considerado um dos grandes instrumentos da teoria de freios e contrapesos, baseado na separação de poderes, que foi se adaptando e modificando ao longo da história, possuindo características distintas a depender do sistema político utilizado. No Brasil, esse controle é feito pelo Poder Judiciário e pela Corte Constitucional (que é o Supremo Tribunal Federal, integrante do Poder Judiciário) para evitar que o Poder Executivo rompa com a ordem constitucional por meio de atos e normas inconstitucionais.

Tendo isso em vista, a Constituição, *strictu sensu*, é formada por componentes normativos que visam à criação dos elementos necessários para a formação do Estado, como a organização federativa, os direitos fundamentais e o próprio procedimento Legislativo. Destarte, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, “*enquanto ordem jurídica fundamental, a Constituição contém as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura*”⁴⁷.

Entretanto, mesmo as Constituições mais completas, como a brasileira, não conseguem compreender todos os elementos necessários para que seja formado um sistema jurídico completo, diante do fato dos constituintes não terem onisciência. Destarte, é exatamente essa dualidade entre rigidez e flexibilidade que permite que o sistema possa se desenvolver e evitar que ocorra a degradação da ordem constitucional.

Há, dessa maneira, uma vinculação entre a noção de inconstitucionalidade e ao ato do Poder Público sancionado em virtude de violação à Constituição. Em outras palavras, os agentes que possuem competência para navegarem as correntes da Constituição, para, por exemplo, criarem leis, estão diretamente relacionados com a própria ideia de constitucionalidade e inconstitucionalidade. Isso porque, caso um ato realizado por eles receba uma sanção, esse ato estaria em desarmonia com o próprio sistema constitucional e, portanto, seria um ato inconstitucional.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. – 14. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP). p. 1170.

Evidente, portanto, que não existe uma simetria entre atos inconstitucionais praticados por entes privados e públicos. As violações perpetradas por agentes e órgãos públicos possuem uma relevância maior, devido ao fato de que eles possuem a competência de criar e transformar o ordenamento normativo. Não há de se falar, por conta disso, de um controle de constitucionalidade de atos privados, pois eles não modificam diretamente o ordenamento jurídico.

Portanto, a Constituição tem como finalidade, entre outras, gerenciar o espaço público e privado da sociedade, tendo como destinatário, então, o próprio povo, detentor do poder, de modo que seja necessário um mecanismo para a proteção desses preceitos. Surge, diante disso, a noção de jurisdição constitucional, que tem o papel de proteção da Constituição e, por extensão, do próprio Estado Democrático de Direito.

A jurisdição constitucional, destarte, possui quatro grandes funções: limitar o Poder Público; garantir o respeito aos direitos fundamentais (função contramajoritária e proteção das minorias); corrigir os equívocos e omissões do Poder Legislativo; e conferir coerência e preservar a autonomia da Constituição Federal⁴⁸.

O próprio Estado de Direito, ao longo da história, passou por diversas mudanças, adequando-se à cultura da época. De igual, quem de fato altera a modalidade do Estado, é a Constituição vigente, que sofre as influências históricas e socioculturais. Portanto, o Estado de Direito que se adequa ao modelo da Constituição, o que demonstra a importância deste para a sociedade. Há, dessa forma, a submissão do Estado aos valores representados na Constituição, moldados principalmente pelos direitos fundamentais.

Diante do exposto, fica evidente que a evolução do Estado de Direito está diretamente conectada aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Surge, assim, outra função de suma importância da Corte Constitucional, para além da própria preservação da Lei Maior. Isso porque, este Tribunal tem a tarefa de realizar a interpretação final dos direitos fundamentais, que ocorre no bojo da jurisdição constitucional. Conclui-se, portanto, que o Tribunal Constitucional cumpre papel fundamental no desenvolvimento do Estado.

⁴⁸ ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 359.

Levando isso em consideração, para a existência de uma jurisdição constitucional autônoma é imprescindível a existência de um órgão que tenha como função primordial a proteção da constituição (a Corte Constitucional), que tenha uma competência previamente estabelecida na própria Constituição Federal. Ademais, vislumbra-se a necessidade de que essa Corte Constitucional elabore uma atividade jurisdicional racional, baseada na lógica pós-positivista do ordenamento jurídico, devendo sempre existir um método de revisão, e que essa atividade sempre seja pública, considerando o impacto social existente.

Para além dos fundamentos teóricos que trouxeram o controle de constitucionalidade, existem também critérios objetivos adotados pelos doutrinadores, que serão abordados a seguir.

O controle de constitucionalidade pode ser caracterizado conforme quem o controla, o modo de seu controle e o momento do controle.

Quanto a quem pode realizar o seu controle, pode ser um órgão político ou jurisdicional. No Brasil há a adoção do modelo misto, no qual tanto órgãos políticos (Poderes Executivo e Legislativo) como órgãos jurisdicionais (Poder Judiciário) podem realizar o controle. De forma exemplificativa, o veto presidencial apresentado pelo Poder Executivo na criação de uma lei configura controle político de constitucionalidade.

Além disso, quanto à forma de controle, há a divisão entre controle incidental e principal. No controle principal, há a proposição de uma ação autônoma para impugnar a lei ou ato normativo de forma abstrata. No controle incidental, o conteúdo da inconstitucionalidade é levantada no bojo de um processo judicial, devendo ser considerada uma questão prejudicial.

Ademais, o momento efetivo do controle também pode ser dividido em dois: preventivo e repressivo. O controle preventivo, como o próprio nome já indica, ocorre antes do aperfeiçoamento da lei ou ato normativo, como por exemplo o controle feito pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) durante o processo de criação de uma lei. O controle repressivo, por sua vez, é em regra o mais utilizado e acontece apenas após o aperfeiçoamento da lei ou ato normativo, como por exemplo, com a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn).

No Brasil, desde o advento da Constituição Federal de 1988, utilizamos o controle de constitucionalidade misto, no qual há a combinação dos elementos concentrados e difusos, ampliando de forma significativa os mecanismos de proteção judicial.

3.1. As formas de decisões no controle de constitucionalidade

As decisões de inconstitucionalidade proferidas no bojo do controle de constitucionalidade, seja pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ou pelos demais tribunais no controle difuso, possuem tipologias distintas.

A tipologia mais comum é conhecida pela decisão de rechaço, no qual o Supremo Tribunal Federal simplesmente nulifica em parte ou total uma lei, retirando-a do ordenamento jurídico.

Existe, também, as decisões de constitucionalidade, no qual o juízo decide pelo reconhecimento constitucional da lei, podendo, nesse caso, também ser parcial ou total. Do ponto de vista teórico, caso tal decisão for proferida no controle concentrado, essa decisão está dotada de efeito vinculante e *erga omnes*. No entanto, do ponto de vista da ciência do processo constitucional, atribuir efeito vinculante a esse tipo de decisão faz com que a lei em questão fique engessada. Assim, de forma analógica, assim como o poder constituinte não consegue exaurir todas os elementos necessários para a criação do Estado (de forma que é necessário que a Constituição seja flexiva), os ministros do Supremo Tribunal Federal também não conseguem analisar todas as normas que irão surgir na medida que houver a contaminação do texto normativo com os casos concretos. Portanto, conferir efeito vinculante às decisões de constitucionalidade comprometeria “*seriamente a independência decisória dos juízes, bem como direito fundamental de suscitar o controle difuso de constitucionalidade*”⁴⁹.

⁴⁹ ABBOUD, Georges. NERY JÚNIOR, Nelson. *Direito constitucional brasileiro: Curso completo*. 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 918

Os tribunais têm competência, ainda, de proferir decisões interpretativas, que tratam sobre a hermenêutica da lei, e não do texto normativo propriamente dito. As decisões interpretativas podem ser classificadas em três diferentes modelos: interpretação conforme a constituição; declaração de nulidade sem redução de texto; e decisões manipulativas.

Na interpretação conforme a constituição o texto normativo da lei impugnada não sofre nenhuma alteração. Isso porque, ao realizar o controle de constitucionalidade, a decisão determina que apenas determinadas hipóteses de interpretação e aplicação da lei que deverão ser consideradas constitucionais, excluindo todas as demais hipóteses. Serve como técnica interpretativa para ajustar e harmonizar a lei nos conformes da Constituição, sem que seja necessário sua exclusão do ordenamento jurídico. Exemplificando, caso uma lei proporcionar uma interpretação X, Y e Z, os tribunais, por meio desse mecanismo, podem declarar que apenas a interpretação X está de acordo com a Constituição, determinando que as demais formas sejam consideradas inconstitucionais.

Essa técnica tem fundamento na presunção de constitucionalidade da lei. Em outras palavras, uma lei que possui interpretação conforme a Constituição não deve ser declarada inconstitucional. Isso faz com que seja possível retificar eventual equívoco do legislador, tal como viabiliza a adequação de seu significado às circunstâncias fáticas. De forma análoga à decisão de constitucionalidade, do ponto de vista do processo constitucional, mesmo se a decisão for proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado, não se deve atribuir efeito vinculante, em razão dos mesmos motivos suscitados acima.

A arguição de nulidade sem redução de texto comporta semelhanças à interpretação conforme. Isso porque, nesse caso, ao invés de afirmar quais são as interpretações constitucionais, o tribunal vai estabelecer as interpretações que devem ser consideradas inconstitucionais. Exemplificando, caso uma lei proporcionar uma interpretação X, Y e Z, os tribunais, por meio desse mecanismo, podem declarar que apenas as interpretações Y e Z estão em desacordo com a Constituição, estabelecendo que apenas a interpretação X deve ser considerada constitucional.

Nota-se, assim, que essa técnica possui certas similitudes com a interpretação conforme. Primeiro, ambas não atingem a redação do texto normativo, apenas as suas formas de interpretação. Segundo, ambas estão fundadas na conservação da lei

criada, estabelecida na presunção de constitucionalidade da lei. Contudo, um grande diferencial entre os mecanismos de interpretação é que a arguição de nulidade permite a criação de novas normas, de acordo com a incidência de novos casos concretos, enquanto a interpretação conforme permite que apenas certas interpretações do texto normativo (normas) sejam aplicadas. Nesse caso, como houve uma decisão de inconstitucionalidade de normas (interpretações do texto normativo), tanto do ponto de vista teórico como do ponto de vista da ciência jurídica é possível a atribuição do efeito vinculante, limitado, por óbvio, apenas às normas declaradas inconstitucionais.

As decisões manipulativas, por último, possuem uma natureza mais polêmica, pois o Poder Judiciário passa a verdadeiramente legislar, atuando como um “paralegislator”. Nessas decisões, que cabem apenas ao Supremo Tribunal Federal como verdadeiro guardião da Constituição, a Corte Constitucional atua como legislador, alterando o texto normativo (e não apenas a sua interpretação) para que ele seja adequado aos preceitos da Constituição Federal. Em outros termos, ao apreciar a inconstitucionalidade de uma lei, ao invés de apenas declarar a sua ilegitimidade, o Supremo Tribunal Federal reescreve o trecho que está em desacordo, que é, então, incorporado ao texto legislativo. Essas decisões manipulativas se dividem em dois grupos: aditivas e substitutivas.

As decisões manipulativas aditivas ocorrem quando a incompletude de um texto normativo causa a sua inconstitucionalidade, quer dizer, o legislador foi omissivo em alguma parte da lei. Portanto, a decisão aditiva tem como finalidade introduzir o segmento faltante para que o contexto normativo se complete e, assim, fique de acordo com a Constituição.

As decisões manipulativas substitutivas possuem uma característica bifásica. Em um primeiro momento, a decisão tem como objetivo identificar a parte do texto normativo considerado inconstitucional, para, então, realizar a sua reconstrução. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal declara que um fragmento do dispositivo legal está em discordância com a Constituição Federal e, em seguida, atua como legislador para adequar o trecho com os preceitos constitucionais.

Entretanto, para que o Supremo Tribunal Federal esteja autorizado a utilizar as decisões manipulativas, é necessário verificar a existência de certos requisitos

específicos, dado o caráter legislativo conferido ao Poder Judiciário, sob pena de extrapolar a sua competência.

De forma preliminar, o primeiro requisito necessário para a utilização das decisões manipulativas é a exigência de existir uma decisão de inconstitucionalidade do dispositivo legal examinado. O segundo requisito está ligado à realidade de que o Poder Judiciário não pode inovar de forma originária no ordenamento jurídico. Assim, a decisão que altera/acrescenta o texto normativo deve provir diretamente do texto constitucional, impondo a condição de que o trecho integrativo é imposto pela própria Constituição, de modo a prevenir a atuação discricionária da Corte Constitucional, vinculando a sua atuação à Constituição Federal. Isso porque, as decisões manipulativas devem ser proferidas com a finalidade de preservar e concretizar, principalmente, os direitos fundamentais.

A aplicação das decisões manipulativas são indispensáveis, visto que, caso o Supremo Tribunal Federal apenas declarasse a inconstitucionalidade da lei, sem executar a sua devida correção, ocasionaria uma situação ainda mais gravosa, pois poderia configurar uma situação em que há um vazio legislativo, no qual parcela da população poderia ficar desprotegida. Assim, ao atuar como “paralegislator”, o Supremo Tribunal Federal impede que determinados indivíduos fiquem sem a devida proteção estatal, evitando a insegurança jurídica.

3.2. A modulação de efeitos

A modulação de efeitos é um instrumento que deve ser utilizado para resguardar os direitos fundamentais dos privados, de modo a manter a segurança jurídica, pois a declaração de inconstitucionalidade, notadamente com efeito *ex tunc* (efeito retroativo), pode afetar situações jurídicas firmadas com respaldo na boa-fé, criando uma situação mais gravosa ainda. Destarte, a modulação de efeitos, na realidade, é uma maneira de limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Dessa maneira, as decisões de (in)constitucionalidade com modulação de efeitos devem rigorosamente atestar quais direitos fundamentais estão sendo

protegidos para, então, limitar o alcance da modulação de efeitos, quer dizer, a preservação dos direitos fundamentais é uma condição indispensável para a utilização desse mecanismo.

A segurança jurídica, ainda, deve ser considerada um preceito imprescindível para aplicação da modulação de efeitos, uma vez que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade podem ocasionar grave lesão aos direitos das pessoas que possuíam uma expectativa na relação jurídica “desmanchada” pela extinção da lei inconstitucional. Inclusive, nos casos em que há a mudança de jurisprudência dominante e a inconstitucionalidade superveniente, a modulação de efeitos se torna obrigatória.

Os jurisdicionados que agem de boa-fé não devem ser prejudicados em razão de uma mudança de jurisprudência. Em virtude disso, essas decisões só podem ter efeito para o futuro, evitando que os administrados sejam lesionados por uma relação jurídica que, até então, era constitucional. Quer dizer, os atos praticados pelos jurisdicionados durante o entendimento anterior são plenamente válidos e eficazes, não podendo ser dissolvidos pela alteração jurisprudencial, por conta da boa-fé objetiva e segurança jurídica.

A inconstitucionalidade superveniente, apesar de não estar explicitamente mencionada na Constituição Federal brasileira, pode ser controlada por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Essa modalidade de inconstitucionalidade ocorre quando uma lei ou ato normativo se torna incompatível com a Constituição Federal após uma reforma constitucional. Em outras palavras, a lei ou ato normativo estava em conformidade com a Carta Magna até um momento posterior que modificou a Constituição Federal. Nesse caso, de forma semelhante à mudança de jurisprudência, os jurisdicionados não podem ser prejudicados, visto que estavam agindo de boa-fé e em concordância com o ordenamento jurídico. Portanto, os seus efeitos precisam ser para o futuro.

Ademais, a Lei nº 9.869 de 1999 – que trata sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal –, em seu artigo 27⁵⁰, estabelece a possibilidade

⁵⁰ 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 utilizar a modulação de efeitos para proteção do interesse social, admitindo, destarte, o seu emprego para beneficiar o Poder Público.

Todavia, a proteção ao interesse social não deve ser utilizado de forma discricionária, abençoando as ações inconstitucionais manuseadas pelo Poder Público. Em outras palavras, não é porque um ato público é considerado inconstitucional, que automaticamente deve haver uma modulação de efeitos.

Conforme demonstrado, a decisão com modulação de efeitos deve sempre ter em vista a proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, mesmo se o Poder Público for parte da ação de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal deve fundamentar a sua decisão de forma pormenorizada, demonstrando detalhadamente os fundamentos jurídicos empregados e os direitos fundamentais resguardados. Assim, o Supremo Tribunal Federal evita agir de forma discricionária com o único propósito de favorecer o Poder Público.

Assim, em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de debater a aplicação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Seguem exemplos decididos pelo STF.

O Recurso Extraordinário nº 197.917 discutiu a constitucionalidade do artigo 6º da Lei Orgânica nº 222 de 1990, do Município de Mira-Estrela/SP, que havia fixado um número maior de vereadores do que permitido pela Constituição Federal da época⁵¹. O Tribunal Superior, ao julgar a ação, declarou a inconstitucionalidade da lei, tendo em vista a violação à Carta Magna. Contudo, o STF modulou os efeitos para que a declaração de inconstitucionalidade somente tivesse efeito para a próxima eleição (modulação para o futuro), mantendo a composição legislativa, sob fundamento de que a decisão “resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente”⁵², configurando, assim, situação excepcional.

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.

⁵¹ A Lei Orgânica do Município havia fixado em 11 o número de vereadores, contudo, na época a Constituição Federal permitia um limite de 9 vereadores, uma vez que a população da cidade girava em torno de 2.600 (dois mil e seiscentas pessoas).

⁵² STF. RE 197.917. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 06/06/2002. Publicação em: 07/05/2004. Ementa.

O Recurso Extraordinário nº 566.664 lidava sobre a constitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212 de 1991, que tratavam sobre prescrição e decadência do crédito tributário, matérias reservadas apenas para a lei complementar, nos termos do artigo 146, III, alínea “b”, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade dos artigos, aplicando, contudo, a modulação de efeitos para afastar a possibilidade de ajuizamento de repetição de indébito – dos valores recolhidos de forma indevida pela Receita Federal – depois da conclusão do julgamento, para garantir a segurança jurídica e fiscal da União Federal. *In verbis*:

Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.⁵³

Dito isso, evidente que o uso da modulação de efeitos não está limitada apenas ao controle de constitucionalidade concentrado, sendo possível a sua aplicação no difuso, uma vez que sua finalidade é justamente a preservação dos direitos fundamentais e da segurança jurídica.

Além disso, a modulação de efeitos serve para ilustrar que efeito *erga omnes* e efeito vinculante nem sempre possuem eficácia imediata em uma declaração proferida no bojo do controle de constitucionalidade abstrato. Isso porque, exemplificando, no momento em que o Supremo Tribunal Federal declara que uma lei é inconstitucional, mas atribui a ela efeito para o futuro (aplicando a modulação de efeitos), essa decisão judicial tem eficácia vinculante, tendo em vista a sua tutela dos interesses difusos, entretanto, durante o período de *vacatio sententiae* (enquanto não der o momento definido pela modulação de efeitos), não vai existir o efeito *erga omnes*, uma vez que o seu alcance nas relações privadas só vai se consolidar a partir da data fixada no futuro.

3.3. Controle de constitucionalidade concentrado

⁵³ STF. RE 556.664. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 12/06/2008. Publicação em: 14/11/2008.

3.3.1. Conceito e noções introdutórias

O controle de constitucionalidade concentrado tem a sua origem na tradição jurídica austríaca, na qual as questões constitucionais eram remetidas aos órgãos superiores, como o Tribunal Constitucional, para julgamento. Esse modelo tem como característica a aplicação de ações específicas para apreciação das questões constitucionais suscitadas.

Para Hans Kelsen, a Constituição tem como atribuição determinar limites jurídicos ao exercício do poder, devendo garantir que tais limites não serão ultrapassados. Destarte, a instituição menos confiável para cumprir essa função é precisamente o Poder Executivo – o Chefe de Estado –, visto que a Constituição tem como objetivo limitar o seu poder⁵⁴.

Kelsen argumenta que atribuir essa função ao Tribunal Constitucional não vai sobrecarregar a jurisdição, pois a jurisdição é meramente uma abstração, o que pode ser sobrecarregado é um Tribunal concreto. Assim, como Kelsen argumenta em favor da criação de um novo Tribunal – o Tribunal Constitucional – ele não ficaria sobrecarregado, pois sua única função seria a proteção da Constituição⁵⁵.

A vantagem da criação de um Tribunal Constitucional para operar essa atribuição ocorre pois as violações à Constituição geralmente decorrem do conflito entre o Parlamento e o Governo. Destarte, o órgão mais neutro para julgar as ações e resolver os conflitos do Poder Legislativo e o Poder Executivo seria rigorosamente um órgão que não fizesse parte de nenhum dos dois, servindo, portanto, de contrapeso para ambos os poderes⁵⁶.

O jusfilósofo, ainda, concebe a noção de que o Tribunal Constitucional, ao anular atos e leis, não produz, mas aniquila uma norma geral, eliminando-a do ordenamento jurídico pátrio, agindo, assim, como um verdadeiro legislador negativo,

⁵⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. por Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240.

⁵⁵ Ibidem, p. 285.

⁵⁶ Ibidem, p. 292 – 293.

ou seja, atuando de forma contrária (*actus contrarius*) ao Poder Legislativo, atingindo, assim, a todos, não estando limitado apenas a um caso concreto⁵⁷.

Nesse sentido, importante destacar que o controle de constitucionalidade concentrado faz parte do processo constitucional, que pode ser conceituado como o sistema adotado para solucionar conflitos jurídicos constitucionais, com objetivo de sempre resguardar os direitos fundamentais.

Dito isso, o professor Carlos Blanco de Moraes definiu que o controle concentrado de constitucionalidade corresponde à extinção de normas jurídicas que foram consideradas inconstitucionais, impedindo a continuação de seus efeitos no ordenamento jurídico, por meio de uma ação direta ou principal⁵⁸. Em outras palavras, tem como finalidade retirar do ordenamento jurídico o ato ou lei normativo declarado como inconstitucional, algo que não ocorre no controle difuso, apenas no concentrado.

O controle, ainda, é feito de forma abstrata, pois o objeto “atacado” no controle é uma lei ou ato normativo, quer dizer, o mero texto normativo que compõe o ordenamento jurídico. Assim, a decisão feita no controle concentrado, por retirar de forma abstrata a norma ou os seus efeitos do ordenamento jurídico, produz efeitos vinculante e *erga omnes*.

Ademais, a característica de abstratividade do controle concentrado de constitucionalidade faz com que não exista uma lide propriamente dita, visto que não existem direitos subjetivos a serem amparados. Portanto, a decisão judicial não possui sua característica clássica de efeito substitutivo, visto que não existe a substituição da vontade das partes para a solução conflituosa. Assim, por se tratar de um processo objetivo, não há uma parte “perdedora” que terá que arcar com a sucumbência. Além disso, conforme tratado no capítulo 2, os efeitos oriundos da decisão judicial proferida no controle de constitucionalidade não vincula o Poder Legislativo.

Além da concepção kelseniana tratada acima, no qual o Tribunal Constitucional age como legislador negativo, cabe destacar que a evolução da Constituição fez com “*que ela deve ser entendida como a ordem jurídica fundamental do governo e da*

⁵⁷ Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. por Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 263.

⁵⁸ DE MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional – tomo II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 151

*sociedade*⁵⁹. Em outros termos, a Constituição passou a reger a sociedade como um todo, não se restringindo apenas a constituir o Estado em seu sentido estrito. Portanto, cabe ao Tribunal Constitucional também a função de fiscalizar os atos oriundos do Poder Executivo, controlando a constitucionalidade deles.

3.3.2. O Tribunal Constitucional brasileiro

No Brasil, a função de Tribunal Constitucional é atribuída ao Supremo Tribunal Federal, competindo a ele realizar o controle de constitucionalidade concentrado, nos termos do artigo 102, I, alínea “a”, da Constituição Federal⁶⁰. De acordo com o artigo 92 da Carta Magna, o STF compõe a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, sendo composto por 11 (onze) ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nos termos do artigo 101 do mesmo diploma. A nomeação dos ministros é feita pelo Presidente da República com a subsequente aprovação pelo Senado Federal, conforme o parágrafo único mesmo artigo mencionado anteriormente.

Levando isso em consideração, nota-se um problema de legitimidade do Supremo Tribunal Federal, que seria a sua inserção na estrutura do Poder Judiciário, ao invés de fazer parte do organograma de todos os poderes, estando ao lado do Poder Judiciário, Executivo e Legislativo, como ocorre no Direito alemão. Assim, os seus ministros não devem ser compostos apenas por indicação do Presidente da República – Chefe do Poder Executivo –, mas também dos demais poderes, aumentando, por conseguinte, sua representatividade. Ademais, a vitaliciedade dos ministros do STF deve ser considerado um problema, que poderia ser solucionado facilmente pela criação de mandatos. Por evidente que todas essas alterações devem ser feitas por meio de Emenda Constitucional.

⁵⁹ ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 392.

⁶⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

O Supremo Tribunal Federal, portanto, possui uma alta gama de funções, não realizando apenas o controle de constitucionalidade concentrado, mas também o difuso; podendo editar diversos provimentos vinculantes (como a súmula vinculante e decisões com repercussão geral); além dos diversos processos de competência originária e recursal.

A respeito dos modelos de controle de constitucionalidade concentrado, esta pesquisa não vai abordar cada um de forma detalhada, mas mencioná-los brevemente, sendo eles: Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Declaratória de Constitucionalidade; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

O foco da pesquisa, nesse aspecto, é sobre os efeitos do controle de constitucionalidade concentrado. Portanto, os efeitos da decisão judicial proferida no âmbito do controle abstrato não estão limitados apenas para as partes do processo, eles se expandem para toda sociedade (público e privado), por meio dos efeitos vinculantes e *erga omnes*, tratados de forma mais detalhada no capítulo 2.

3.4. Controle de constitucionalidade difuso

3.4.1. O *judicial review*

Por muitos séculos o rei ou imperador detinham o poder absoluto em suas mãos, podendo agir conforme a sua conveniência, sendo, assim, a fonte do Direito que existia na época. Com o surgimento do Estado de Direito e a limitação do poder absolutista, o poder passou a estar nas mãos do povo, geralmente por meio de representação nos Parlamentos.

Todavia, com o passar do tempo, conforme demonstrado nos capítulos anteriores, o Poder Judiciário passou a ter um papel fundamental na manutenção dos costumes e do Direito no sistema jurídico do *common law*. Nesse contexto, os magistrados tinham o dever de resguardar os direitos fundamentais conquistados, enfrentando os demais poderes quando houvesse qualquer tipo de violação.

O caso Bonham – *Dr. Thomas Bonham vs The College of Physicians* – constitui a gênese do que conhecemos atualmente como controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, sendo o Sir Edward Coke o agente principal para a criação desse precedente. É considerado o caso mais relevante para o desenvolvimento da técnica do *judicial review*, consolidado posteriormente no caso *Marbury vs Madison*.

De forma preliminar, importante realçar o antecedente histórico que originou o caso Bonham. Em 1518, foi criado o Colégio de Médicos da Inglaterra (*College of Physicians*), que era entidade responsável pela concessão de licença para poder praticar medicina. Em 1540, por meio do Parlamento Inglês, foi criada uma lei ampliando os poderes do Colégio de Médicos, que podiam, então, fiscalizar os médicos que estavam praticando medicina sem licença ou fazendo o seu mau uso, podendo, inclusive, prende-los.

Thomas Bonham, graduado pela Universidade de Cambridge, no início do século XVII, apresentou ao Colégio de Médicos um pedido para poder praticar medicina, o qual foi negado. Em seguida, Bonham passou a praticar medicina, mesmo não possuindo licença para tal. Assim, em 1606, o *College of Physicians* convocou Bonham para prestar esclarecimentos a respeito da prática sem autorização, sendo multado monetariamente e proibido de continuar exercendo a atividade de medicina em razão disso. Apesar disso, Bonham continuou praticando medicina, contestando a autoridade do Colégio e, por conta disso, foi preso por desacato.

Assim, o caso foi instaurado no Tribunal de Pleito Comum (*Common Plea Court*), tendo o Sir Edward Coke como Chefe da Justiça. No pleito, Bonham alegava que a sua prisão deveria ser considerado encarceramento falso (*false imprisonment*) exigia indenização pelos danos causados. Entretanto, de acordo com a lei criada em 1540 pelo Parlamento, o Colégio de Médicos detinha o poder de penalizar quem estivesse praticando medicina de forma ilícita ou fazendo mau uso dela e, entre as penas, estava a possibilidade de aprisionamento. Por sua vez, Bonham alegava que a finalidade teleológica da lei era impedir que pessoas sem experiência médica pudessem praticá-la, e que, por ser formado em medicina em Cambridge, ele não poderia ser penalizado pelo Colégio de Médicos.

No final, a Corte julgou de forma favorável ao Dr. Thomas Bonham, tendo como fundamentação a tese elaborada pelo Sir Edward Coke. A tese concebida apontava que o Colégio de Médicos realmente tinha poderes para penalizar quem atuava de

forma ilícita e quem atuava de forma incorreta. Todavia, para Coke, a prática ilícita poderia apenas ter como penalidade a multa, enquanto a prática incorreta (mau uso da medicina) poderia incorrer em prisão. Isso porque, apesar de não ter licença, Bonham estava fazendo o uso adequado da medicina, não tendo, portanto, a mesma gravidade de alguém que está fazendo o mau uso da prática. Ademais, Coke afirmava que a possibilidade de o Colégio de Médicos agir como acusador e juiz no seu processo sancionador configurava grave violação ao princípio de que em um processo uma pessoa ou entidade não pode ser ao mesmo tempo julgador e parte.

Dessa forma, Coke concebeu precedente imprescindível para o surgimento do *judicial review*. Em primeiro lugar, Coke fez uma interpretação teleológica da lei ao determinar que o prática ilícita da medicina poderia ser sancionada apenas por multa. E, além disso, elaborou a noção de que o Poder Judiciário pode corrigir e limitar as leis editadas pelo Parlamento quando elas não estiverem em consonância com o direito e a razão comum, criando as bases do controle de constitucionalidade pelos juízes.

O controle de constitucionalidade difuso como conhecemos atualmente – o *judicial review* –, no entanto, somente se consolidou com o julgamento do caso *Marbury vs Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803, marco histórico do *common law*.

Os acontecimentos que levaram ao julgamento de *Marbury vs Madison* foram um tanto quanto dramáticos. John Adams, do partido federalista, perdeu as eleições de 1800 para Thomas Jefferson, mas continuou no poder por mais um tempo após a sua tentativa de reeleição. Assim, após a perda para Thomas Jefferson, John Adams, junto com o Congresso da época, implementou uma série de reformas judiciais – conhecido por *Midnight Judges Act* – com o objetivo de manter a influência do partido federalista no próximo governo.

Willian Marbury, nomeado para ser juiz da paz do Distrito de Columbia, em razão do aumento do número de juízes por conta do *Midnight Judges Act*, acabou não tendo o seu diploma de nomeação lavrado pelo secretário de justiça antes de acabar o governo de Adams. Assim, apesar de ter sido nomeado, ele não detinha nenhum poder jurídico, pois para tanto era necessário a lavratura do diploma. Em razão disso, Marbury entrou com uma espécie de mandado de segurança (*writ of mandamus*) requerendo a entrega do diploma para poder praticar as suas atividades como

magistrado, tendo em vista a recusa pelo atual secretário de justiça do governo, James Madison.

Logo após a interposição da ação, o governo de Thomas Jefferson, em 1802, buscava revogar o *Midnight Judges Act*, que aconteceu por meio do ato de revisão (*Repeal Bill*). Uma das consequências desse ato foi justamente desfazer os novos cargos criados para juiz através do *Midnight Judges Act*. Portanto, fica evidente que a situação política durante o julgamento de *Marbury vs Madison* era delicada. Além disso tudo, um dos juízes da Suprema Corte, John Marshall, somente havia sido nomeado ao cargo em razão do *Midnight Judges Act*, tendo, assim, interesses na nomeação de Marbury. Por sua vez, o presidente Jefferson dava a entender que não iria aceitar a nomeação de Marbury, situação que se intensificou em virtude da deposição de um juiz federal – indicado pelo partido federalista – por meio de um processo feito no Congresso.

Diante disso tudo, John Marshall proferiu a decisão histórica que alterou o direito constitucional. Marshall partiu do raciocínio lógico de que como a Constituição está acima das demais leis, o judiciário teria o poder de fiscalizar os atos que estivessem em desacordo com a Constituição. A respeito do caso concreto, Marshall afirmou que a Suprema Corte não poderia decidir sobre aquela matéria, pois, apesar do Congresso ter lhe conferido essa competência, essa mesma função estava em conflito com as atribuições asseguradas na Constituição. Portanto, uma lei ordinária feita pelo Congresso não poderia modificar a Constituição Federal, sob risco de destruir todo sistema jurídico. Marshall, portanto, ao determinar que a lei criada pelo Congresso era inconstitucional, inaugurou o controle de constitucionalidade difuso, o *Judicial Review of Legislation*⁶¹.

3.4.2. Conceito e noções introdutórias

Diante da origem do *judicial review*, importante destacar que o controle de constitucionalidade difuso possui natureza de direito fundamental. Isso porque, a

⁶¹ ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 842.

Constituição Federal que determina o rol de direito e garantias fundamentais do cidadão, assim, havendo alguma restrição ou violação desses direitos, o instrumento para corrigir a inconstitucionalidade está fundada na noção do *judicial review*. Ademais, tendo em vista as diversas medidas de engessamento da Constituição e do ordenamento jurídico, principalmente com a criação dos provimentos vinculantes, o caráter de direito fundamental do controle de difuso se torna ainda mais importante, servindo como meio de forçar o Poder Judiciário a apreciar o seu caso, ou seja, garantindo plenitude ao direito de acesso à justiça, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Entende o jurista Lênio Streck que todo ato judicial deve ser considerado um ato da jurisdição constitucional, visto que a primeira obrigação do magistrado é verificar se o texto normativo e/ou a norma está em harmonia com a Constituição Federal⁶². Originalmente, no caso em que houver uma desconformidade com a Carta Magna, o magistrado, no bojo do controle de constitucionalidade difuso, não vai retirar a lei do ordenamento jurídico, ele simplesmente não vai aplicá-la. Existem, no direito brasileiro, diversos mecanismos que possibilitam que o particular possa ingressar no judiciário para verificar a constitucionalidade de uma lei.

Para o ministro Gilmar Mendes, esses mecanismos que permitem ao particular ingressar diretamente no judiciário para que seja feito o controle de constitucionalidade de uma lei – através, por exemplo, do mandado de segurança e *habeas corpus* –, diminuindo a distinção entre os modelos de difuso e concentrado.

Nos modelos concentrados, a diferenciação entre controle concreto e abstrato assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade. O controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta, constituindo a relevância da decisão pressuposto de admissibilidade. O chamado controle abstrato, por seu turno, não está vinculado a uma situação subjetiva ou qualquer outro evento do cotidiano.⁶³

Levando isso em consideração, nota-se que para o ministro a diferença entre as formas de controle de constitucionalidade está baseado apenas em sua admissibilidade. Assim, o controle difuso surge a partir de uma relação concreta entre privados, enquanto o controle concentrado tem a sua origem em um processo

⁶² STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 362.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira / BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP). p. 1270.

objetivo. Entretanto, ao contrário do controle concentrado, que tem efeito vinculante e efeito *erga omnes*, o controle difuso possui efeito vinculante e efeito *inter partes*⁶⁴. Quer dizer, apenas as partes do processo que vão precisar seguir aquilo que foi decidido, além de, claro, as demais instâncias do Poder Judiciário, por força do efeito vinculante.

Conforme apontado, todas as instâncias do Poder Judiciário podem realizar o controle de constitucionalidade difuso.

Para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o *judicial review* pode ocorrer a qualquer instante quando julgar os seus processo de competência originária, nos termos do artigo 105, inciso I, da Constituição Federal. Entretanto, quando agir como órgão reformador (julgar recursos), o controle de constitucionalidade somente poderá ser feito no juízo de revisão.

Sabe-se que os recursos excepcionais (recursos especial e extraordinário) têm efeito devolutivo restrito, o que significa dizer que seu julgamento ocorre em duas fases. Na primeira etapa, instaura-se o juízo de cassação. Assim, o STJ, no caso do recurso especial, verifica eventual transgressão aos dispositivos de lei federal suscitados pela parte. Nessa fase, portanto, em que pode ocorrer a desconstituição do aresto impugnado, os Tribunais Superiores apenas controlam a higidez do acórdão em questão.

Se positivo o juízo de cassação, o STJ fica autorizado a proceder ao juízo de revisão, adentrando o mérito recursal. Passa, então, a rejulgar a lide. Portanto, nessa segunda etapa, os Tribunais Superiores atuam como verdadeiros tribunais de apelação, podendo, inclusive, examinar provas e apreciar, de ofício, matérias de ordem pública. Referido entendimento está consagrado no artigo 1.304 do Código de Processo Civil⁶⁵⁻⁶⁶. Destarte, durante o juízo de revisão, o Superior Tribunal de Justiça também está autorizado a realizar o controle de constitucionalidade difuso. Contudo,

⁶⁴ Será abordado, no item 3.4.3, a possibilidade de suspensão da execução pelo Senado Federal.

⁶⁵ Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.

⁶⁶ Insta apontar para uma imprecisão terminológica no enunciado sumular e no dispositivo legal em apreço. Mostra-se equivocado o uso da expressão “admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial”. Deveria ter sido utilizada a expressão “provido o recurso extraordinário ou o recurso especial”, pois não se trata de juízo de admissibilidade, mas, sim, de juízo de cassação.

caso ocorra esse controle, existe a obrigação de observar a regra da reserva de plenário, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal.

O artigo em questão estabelece que *“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”*. Portanto, por óbvio, esse requisito não se aplica apenas ao Superior Tribunal de Justiça, mas a todos os Tribunais que irão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, que deve ser feita por meio do plenário ou órgão especial dos tribunais.

Surge uma complexidade, no entanto, quando o controle de constitucionalidade é feito meramente por meio da interpretação conforme a Constituição, quer dizer, não existe uma decisão expressa de inconstitucionalidade, apenas uma declaração afirmando quais as maneiras de interpretações daquele texto normativo devem ser considerados constitucionais. Portanto, não haveria a necessidade de instauração do incidente, pois o Tribunal não estaria realizando uma decisão de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, em consonância com a súmula vinculante 10⁶⁷, segue esse mesmo entendimento, no sentido de que a mera interpretação conforme a Constituição, por não afastar a incidência, total ou parcial, de uma determinada lei, não invoca a imposição da reserva de plenário.

Por sua vez, na arguição de nulidade sem redução de texto, o Tribunal retira uma forma de interpretação do texto normativo, declarando a sua inconstitucionalidade. Entretanto, de acordo com a concepção do jusfilósofo Lênio Streck, nesse caso também não há a necessidade de aplicação da reserva do plenário. Isso porque, apesar de existir uma declaração de inconstitucionalidade, não atinge expressamente o texto da lei. Portanto, a necessidade de instauração do incidente ocorre apenas quando o texto normativo é retirado do ordenamento jurídico, o que não ocorre na interpretação conforme e na arguição de nulidade sem redução de texto⁶⁸.

⁶⁷ Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte

⁶⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 522 – 523.

Nesse prisma, importante destacar a premissa pós-positivista de distinção entre texto normativo e norma. A norma, que é concebida apenas quando há a interpretação de um texto normativo, também pode e deve ter a sua constitucionalidade verificada. No entanto, esses casos dispensam a utilização da reserva de plenário, visto que há a manutenção do texto normativo no ordenamento jurídico pátrio.

Cabe, a respeito disso, uma ressalva apontada pelo professor Georges Abboud. No caso em que a aplicação da arguição de nulidade sem redução de texto implicar na não utilização da lei no caso concreto, a regra da reserva do plenário deve ser executada, pois fica determinada a inconstitucionalidade da própria lei, e não apenas de suas interpretações⁶⁹.

3.4.3. A eficácia geral do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal

O artigo 52, inciso X, da Constituição Federal determina que é de competência privativa do Senado Federal “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”. Quer dizer, a Constituição Federal determinou que cabe ao Senado Federal – de forma exclusiva – a aplicação de efeito *erga omnes* nos casos em que houver a declaração de inconstitucionalidade pelo STF no controle difuso.

Entretanto, atualmente há uma deturpação da interpretação desse artigo, atestando que a sua função seria meramente de conferir publicidade às decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, e não de conferir efeito *erga omnes* a essas decisões. Contudo, a Constituição Federal deixa cristalino de que cabe ao Senado Federal, ou seja, ao Poder Legislativo, de outorgar a eficácia geral de decisões inconstitucionais feita no controle difuso. Portanto, existe uma clara diferença entre os efeitos do controle concentrado e do controle difuso. O Supremo Tribunal Federal, no controle difuso, teria apenas a competência e atribuição de deixar de aplicar a lei no caso concreto, e não de eliminá-la do ordenamento jurídico.

⁶⁹ ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 853.

Parte da doutrina critica duramente a decisão formulada na Reclamação 4335. Nesse julgamento, a posição do ministro Gilmar Mendes era no sentido de que a declaração judicial pelo Supremo, no âmbito do controle difuso, deve ter efeito *erga omnes*, e que, por conseguinte, a função do Senado Federal seria apenas de dar publicidade a essa decisão. Apesar disso, manteve-se o entendimento de que não haveria a mutação constitucional⁷⁰ para alterar o entendimento do artigo 52, X, da Constituição Federal, mantendo a concepção de que é função do Senado Federal dar eficácia geral às decisões judiciais do STF. No entanto, diversos ministros, entre eles, o ministro Teori Zavascki, demonstrou que atualmente existem diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que dispõem de efeito expansivo, não se limitando meramente ao efeito *inter partes*.

3.4. Conclusões iniciais: a aproximação entre os modelos de controle

Em primeiro momento, urge esclarecer que ainda há uma distinta diferenciação teórica entre os modelos de controle de constitucionalidade, mas que, ao passar do tempo, principalmente com a criação de diversos provimentos vinculantes, como a súmula vinculante e a decisão no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, há uma latente aproximação entre esses modelos.

Em linhas gerais, o controle de constitucionalidade concentrado possui características nítidas não há a tutela de interesse subjetivo; não há o ônus da sucumbência da parte perdedora; a existência de ações próprias/específicas; a eliminação da lei do ordenamento jurídico; e a atribuição de efeitos vinculante e *erga omnes*. Por sua vez, o controle de constitucionalidade difuso possui propriedades diferentes: tutela de um interesse subjetivo; solução de conflito concreto; pode ser feito em qualquer ação a qualquer momento; mecanismo de proteção dos direitos fundamentais; existência de parte perdedora que deve arcar com a sucumbência; e atribuição de efeitos vinculante e *inter partes*.

⁷⁰ A mutação constitucional ocorre quando há uma mudança no significado e alcance de um dispositivo da Constituição Federal.

Portanto, as distinções entre os modelos de controle de constitucionalidade são evidentes. Contudo, existe uma tendência do Poder Judiciário, principalmente em razão do número absurdo de demandas processuais (um verdadeiro agigantamento judicial), de, por linhas tortas, tentar aproximar os modelos concentrado e difuso.

Nota-se inclinação a partir do momento em que os Tribunais aplicam os provimentos vinculantes como se fossem “leis autoexplicativas”, quer dizer, os magistrados utilizam dos provimentos judiciais para solucionar todos os conflitos judiciais, sem a necessidade de apresentar uma fundamentação. Isso se agrava ainda mais quando há uma predisposição dos Tribunais de darem uma maior importância aos provimentos vinculantes do que à própria lei.

Além disso, o artigo 927 do Código de Processo Civil atribuiu o efeito vinculante a praticamente todo tipo de decisão proferida na esfera do controle de constitucionalidade difuso, não mais se limitando, assim, apenas às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, apesar de diversas distinções, o efeito vinculante, que existe em ambos os modelos, serve como *axis* da aproximação dos institutos de controle de constitucionalidade. Isso porque, é o efeito vinculante que faz com que os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública sejam obrigados a decidir de forma igual, para manter a coerência e a integridade do sistema jurídico. Portanto, quando uma demanda é solucionada com efeito vinculante, todos os demais casos futuros similares-análogos devem ser solucionados da mesma forma. O problema, no entanto, é que os Tribunais passam a aplicar esses provimentos judiciais por meio do silogismo, ignorando qualquer peculiaridade do caso concreto, não se valendo dos mecanismos de revisão (distinção e superação).

Isso é reforçado ainda mais no julgamento da Reclamação 4335, na qual os ministros afirmaram que atualmente existem diversas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal que possuem sua eficácia estendida, não se limitando apenas a resolução do caso concreto.

Levando isso em consideração, nota-se que, no final das contas, a existência do efeito vinculante faz com que exista, na prática, uma aproximação latente entre os controles de constitucionalidade concentrado e difuso, tendo em vista a obrigação dos Tribunais de aplicarem, destarte, o entendimento firmado em ambos os modelos.

Capítulo 4. Os efeitos do controle de constitucionalidade no direito tributário

Este capítulo tem como objetivo demonstrar, a partir da análise prática em matéria tributária, a aproximação dos modelos de controle de constitucionalidade concentrado e difuso, apontando, ainda, as dificuldades existentes em razão disso e quais as formas de superação necessárias.

A pesquisa, no entanto, não vai se debruçar de forma detalhada a respeito da matéria julgada em cada caso, apenas os efeitos decorrentes do julgamento.

4.1. Análise prática: perspectiva sob os controles de constitucionalidade concentrado e difuso

Delineada toda base teórica da nossa pesquisa, passa-se a analisar os casos práticos para comprovar que de fato há uma aproximação entre o controle concentrado e o controle difuso, e que isso traz certas problemáticas. Para tanto, iremos nos valer de um caso de controle difuso e um caso de controle concentrado: o tema 745, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (*Leading case* RE 714.139/SC); e a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49, também julgado pelo STF.

O Tema 745, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, discutia a constitucionalidade do art. 19, inciso I, da Lei 10.297/96 do Estado de Santa Catarina, que estabelecia a alíquota diferenciada de 25% para o ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços) sobre o fornecimento de energia elétrica e os serviços de telecomunicação.

Após os trâmites processuais, foi fixado a seguinte tese: *“Adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar*

*superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços*⁷¹.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as alíquotas de ICMS nas operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação, por serem consideradas essenciais, não poderiam ser maiores que as alíquotas gerais, sob entendimento de que isso configuraria lesão ao princípio da seletividade, nos termos do artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal. Importante salientar, ainda, que o recurso ainda pende de julgamento no que tange à modulação de efeitos.

Diante disso, em um primeiro momento, fica evidente que o controle de constitucionalidade difuso teve como objetivo primário a resolução do conflito subjetivo entre as partes, tendo como o *Leading case* do caso o Recurso Extraordinário nº 714.139. Assim, quando houver o trânsito em julgado do *Leading case*, todos os demais casos que foram afetados – por tratarem a respeito da mesma matéria – serão reativados para a aplicação do entendimento fixado. Nesse prisma, portanto, deve-se ressaltar que o que será aplicado nos casos afetados é apenas a tese fixada (o dispositivo da decisão judicial), e não toda fundamentação elaborada, que seria a *ratio decidendi*.

Portanto, é o dispositivo da decisão judicial que produz o efeito vinculante, forçando o Poder Judiciário e a Administração Pública a seguirem a tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário, sob o rito da repercussão geral. Assim, todos os casos futuros que forem semelhantes-análogos poderão ser solucionados por meio desse provimento vinculante. Dessa maneira, tendo em vista a publicidade do caso e a matéria abordada, muitos contribuintes irão entrar com uma ação própria para que eles também sejam beneficiados com essa decisão. Inclusive, apesar de, *in casu*, o tema 745 ter tratado apenas sobre uma Lei Estadual de Santa Catarina, existe a possibilidade de aplicar o entendimento fixado para todas as leis que abordarem a mesma matéria, visto que a tese fixada não delimita o entendimento apenas para a Lei do caso concreto.

Dessa maneira, a finalidade desse provimento vinculante é diminuir a quantidade de processos que os Tribunais, em específico os Tribunais Superiores,

⁷¹ STF. RE 714.139. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 23/11/2021.

precisam julgar, pois eles resolvem apenas um caso e aplicam o seu dispositivo para todos os demais, não havendo a necessidade de julgar um por um.

Destarte, apesar do efeito, em teoria ser apenas *inter partes*, observa-se que há uma extensão desse efeito, atingindo grande parcela da esfera privada. Contudo, na teoria, ainda não há como considerar sendo um efeito *erga omnes*, pois para que o privado seja alcançado pela decisão é necessário que ele entre com uma ação. No entanto, tendo em vista o judiciário brasileiro, quase a parcela inteira da sociedade privada, diante de uma decisão tão pública e importante, vai entrar com uma ação para poder se beneficiar. Aplicando esse raciocínio, as decisões judiciais proferidas no controle difuso que, por outro lado, não possuem tanta publicidade, acabam não atingindo tantas pessoas.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 49, por sua vez, discutia a constitucionalidade dos artigos 11, § 3º, inciso II, 12, inciso I (no trecho “*ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*”), e 13, § 4º, que tratavam, em suma, a respeito da incidência de ICMS na transferência de mercadoria entre estabelecimentos de mesma titularidade.

Ao término do julgamento de mérito, o Supremo Tribunal Federal julgou pela improcedência da ação, declarando a inconstitucionalidade dos artigos supramencionados. Assim, quando ocorrer o trânsito em julgado da ação – que ainda está em trâmite para discutir a modulação de efeitos da decisão judicial –, esses artigos deverão ser retirados do ordenamento jurídico, consequência basilar do controle de constitucionalidade concentrado.

Tendo isso em vista, há, aqui, uma semelhança com o controle difuso: não é a fundamentação jurídica (a *ratio decidendi*) do caso concreto que possui efeito vinculante, apenas o seu dispositivo que declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos. Por outro lado, ao contrário do controle difuso, nesse caso há também a incidência do efeito *erga omnes*, além do efeito vinculante. Destarte, literalmente todo âmbito privado, independente da propositura posterior de ação, vai ser afetado por essa decisão, uma vez que uma norma foi retirada do sistema jurídico, alterando as relações jurídicas a respeito dela.

A cumulatividade entre o efeito vinculante e o efeito *erga omnes*, no entanto, aumenta o alcance da obrigatoriedade da decisão judicial. Em outros termos, a

Administração Pública passa a ser obrigada, de forma automática, a respeitar a inconstitucionalidade dos artigos, não podendo mais criar relações jurídicas a partir dos dispositivos declarados inconstitucionais. Nesse prisma, essa é a maior e mais importante distinção entre os modelos de controle de constitucionalidade, pois no controle difuso a Administração Pública só vai precisar respeitar/seguir a decisão judicial quando o particular ingressar como uma ação, seja ela administrativa ou judicial. No controle abstrato, por sua vez, a Administração Pública fica impedida – automaticamente – de criar novas relações jurídicas com base nas leis declaradas inconstitucionais – independente da propositura ou não de ação pelo particular –, uma vez que elas não foram eliminadas do ordenamento jurídico.

Importante destacar, todavia, que a grande distinção teórica entre o controle difuso e o controle concentrado acaba tendo uma diferença mínima na prática. Isso porque, na maioria das vezes, aqueles que foram afetados pelo controle de constitucionalidade – seja o difuso ou concentrado –, geralmente estão a par sobre os acontecimentos, ainda mais considerando o fato de que uma decisão judicial, no Brasil, demora anos para acontecer. Portanto, seja por controle concentrado ou difuso, os beneficiados sempre vão se manifestar, não havendo a necessidade de a Administração Pública fazer de ofício.

4.2. Problemática e superação

De forma preliminar, cabe mencionar que é importante fazer a distinção do controle difuso e concentrado no tangente ao efeito *erga omnes*. A relevância advém do fato que apenas o Senado Federal – o Poder Legislativo – pode atribuir efeito *erga omnes* para as declarações de inconstitucionalidade proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade difuso. Portanto, nenhum órgão do Poder Judiciário, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal, tem competência de dar o *status* de efeito *erga omnes* para as decisões judiciais em questão, sob risco de usurpar de competência alheia e violar a Constituição Federal. Destarte, os provimentos vinculantes (como as decisões judiciais proferidas no bojo do controle difuso) não podem estar dotados de

força *erga omnes*, com exceção quando ocorre a proteção dos direitos difusos nas ações coletivas, nos termos do artigo 103 do CDC.

Diante disso, independente do efeito *erga omnes*, os provimentos vinculantes estão atingindo cada vez mais uma maior parcela da sociedade privada. Surgem, assim, os problemas suscitados ao longo do trabalho, como: a aplicação em massa dos provimentos judiciais sem a consideração das circunstâncias fáticas; e a utilização dos provimentos judiciais com hierarquia maior que as próprias leis.

Levando isso em consideração, fica cada vez mais importante a utilização dos institutos de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) para evitar com que o Poder Judiciário incorra em equívocos no momento da aplicação dos provimentos vinculantes. Além disso, em virtude da aproximação dos modelos de controle de constitucionalidade, principalmente a respeito de seu alcance na esfera privada, emerge a necessidade de uma fundamentação detalhada e extensa quando o Tribunal for aplicar um provimento vinculante, ainda mais considerando a quantidade de cidadãos que podem ser afetados por isso.

Isso acaba, também, criando um efeito bola-de-neve (*snowball effect*), pois a finalidade dos Recursos Repetitivos e os afetados por Repercussão Geral (e, no futuro, pela arguição de relevância) é diminuir a quantidade de ações que chegam aos Tribunais Superiores, diminuindo o congestionamento judicial. Contudo, o efeito vinculante dessas decisões faz com que os indivíduos, caso sejam beneficiados pela decisão, entrem com ações para receberem essa garantia, aumentando, assim, ainda mais a quantidade de processos que o judiciário precisa solucionar. E, conforme mencionado anteriormente, nem todo caso pode ser solucionado pelo silogismo, diante de suas peculiaridades.

Essa problemática, entretanto, não vai ser solucionada nesta pesquisa, porém, entendemos que um estímulo para a propositura de ações coletivas pode ajudar a diminuir o agigantamento do judiciário, facilitando, ainda, a aplicação dos provimentos vinculantes, pois, se tratando de uma ação coletiva, as circunstâncias fáticas necessariamente são idênticas.

Conclusões finais

O presente projeto buscou abordar a matriz da corrente jusfilosófica do pós-positivismo a partir das ideias de Ronald Dworkin e Friedrich Müller, que serviram como premissas metodológicas para o restante do trabalho. Conferiu-se especial destaque ao paradigma pós-positivista que inaugurando uma preocupação para com o viés prático e interpretativo da ciência jurídica e que despontou em uma terceira via no campo das teorias do Direito, voltadas, nesse momento, à discussão em torno de uma teoria da decisão judicial e do conceito normativo, fazendo uma distinção entre texto normativo e norma.

Além da exposição dos eixos centrais das linhas de pensamentos dos autores cerne do Debate e das correntes jurídicas a ele relacionadas, a pesquisa teve por escopo também demonstrar a atualidade da discussão em torno do aspecto prático e interpretativo do fenômeno jurídico. Dessa maneira, as decisões judiciais deixam de ser consideradas mero ato de silogismo, devendo ser necessário a interpretação do texto normativo à luz do caso concreto para a construção de uma norma capaz de fundamentar a sentença. A norma, portanto, não pode existir a partir da ideia ultrapassada do positivismo, no qual ela era considerada geral e abstrata, ou seja, *ante casum*. Somente com a contaminação do texto normativo ao caso concreto que vai ser produzida a norma.

Ademais, o foco da presente pesquisa aconteceu em volta de uma latente aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

Para chegar nessa tese, a pesquisa passou pela evolução histórica dos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, apontando as principais diferenças que acabaram constituindo os modelos. Entretanto, em razão do próprio desenvolvimento do Direito, essas tradições jurídicas passaram a mesclar características umas às outras.

O ordenamento jurídico brasileiro, especificamente, começou a adotar elementos baseados no julgamento casuístico, como a utilização de mecanismos semelhantes à teoria do precedente: os provimentos judiciais. Nesse contexto, foi importante destacar que esses provimentos, como as súmulas vinculantes, não

devem ser considerados iguais aos precedentes. Isso porque, a súmula vinculante foi imposta no nosso sistema jurídico, ela não foi construída por meio de uma evolução histórica, que nem os precedentes. Ademais, nos precedentes não há apenas o efeito vinculante do dispositivo, mas também de toda *ratio decidendi* que fundamentou a decisão judicial. Por outro lado, os provimentos judiciais vinculam apenas o seu dispositivo, possuindo, assim, natureza jurídica de lei.

Baseado nisso, foi necessário também apresentar as características próprias do efeito vinculante e do efeito *erga omnes*, demonstrando que eles não são a mesma coisa. Nesse sentido, em uma decisão de inconstitucionalidade feita no bojo do controle de constitucionalidade concentrado, esses efeitos surgem de forma cumulativa. O efeito vinculante, portanto, tem como finalidade forçar o Poder Judiciário e a Administração pública a seguir aquilo que foi decidido. O efeito *erga omnes*, por sua vez, estende os efeitos da decisão judicial para toda esfera particular. Parece existir, contudo, uma pressão legislativa para implementar cada vez mais componentes do *common law* em nosso sistema jurídico, evidenciado pelo artigo 927 do Código de Processo Civil, de 2015, que estende as hipóteses de decisões judiciais que possuem efeito vinculante, com argumento de manter a coerência e a integridade da jurisprudência. Entretanto, como esses mecanismos servem para decidir casos futuros, diante da peculiaridade de cada caso concreto, é importante que o magistrado saiba aplicar as técnicas de revisão: distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*).

Ainda, a pesquisa demonstrou os diferentes tipos de decisão judicial que podem ser proferidas no âmbito de controle de constitucionalidade, não estando limitado apenas à decisão de rechaço, que ocorre quando a Corte Constitucional decide que uma norma jurídica deve ser retirada do ordenamento jurídico por ser considerada inconstitucional. Assim, os Tribunais podem proferir decisões que atestam a constitucionalidade da norma, isto é, não apenas do texto literal da lei, mas também das interpretações que originam dele. Diante disso, a depender da matéria tratada no caso concreto, o Tribunal Constitucional deve realizar a modulação de efeitos, quer dizer, a decisão judicial somente vai ter eficácia a partir da data decidida, que pode, inclusive, ser para o futuro.

Em seguida, a pesquisa apresentou as características próprias dos modelos difuso e concentrado. O modelo difuso, que teve como origem o *judicial review*, trata sobre a possibilidade de qualquer instância do Poder Judiciário poder verificar a

constitucionalidade da norma em questão, não sendo necessário a propositura de uma ação específica, como ocorre no modelo concentrado, que tem ações próprias, que são: Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ademais, no controle difuso há um direito subjetivo que está sendo tutelado, assim, havendo a inconstitucionalidade de uma lei, o magistrado simplesmente deixa de aplicá-la – sendo necessário respeitar, no caso de declaração de inconstitucionalidade, a regra da reserva de plenário –, produzindo efeito vinculante e efeito *inter partes*. Por outro lado, no modelo concentrado, o objetivo do Tribunal Constitucional é verificar, de forma objetiva, a constitucionalidade e inconstitucionalidade da lei, tendo como consequência a eventual retirada da lei do ordenamento jurídico, produzindo efeito vinculante e *erga omnes*. A principal diferença, portanto, é a existência do efeito *erga omnes* no controle de constitucionalidade concentrado, que só pode ser dado ao controle difuso pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

Assim, foram analisados dois casos práticos em matéria tributária, um do modelo difuso e um do modelo concentrado, chegando na conclusão de que, apesar da decisão judicial proferida em controle difuso não possuir efeito *erga omnes*, na prática isso pouco importa, pois os interessados naquela questão sempre vão se manifestar por meio de uma ação e, destarte, ter o seu direito aplicado. Em outros termos, diante da notoriedade do casos de controle de constitucionalidade difuso, no futuro os indivíduos podem entrar com ação própria para que os seus interesses sejam tutelados, ou seja, grande parte dos interessados naquela questão vão ser afetados pela decisão, ultrapassando os limites do efeito *inter partes*.

Entretanto, isso faz com que todas as pessoas que quiserem ter o seu direito tutelado precisem entrar com uma ação, congestionando ainda mais o Poder Judiciário, um verdadeiro efeito bola-de-neve.

Referências bibliográficas

- [1] ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2021.
- [2] _____. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019.
- [3] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- [4] BÜTTERBENDER, Carlos Francisco. *Da norma ao ordenamento: uma visita a Kelsen e Bobbio*. Revista Direito em Debate, volume 11 (16 – 17), 2002.
- [5] DE MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional – tomo II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- [6] DIDIER JR, Fredie. *Decisões declaratórias e constitutivas não têm eficácia imediata*. Consultor Jurídico (Conjur). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-27/fredie-didier-jr-decisao-declaratoria-nao-eficacia-imediata>>. Acesso em: 10/11/2022.
- [7] DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- [8] _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002.
- [9] _____. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- [10] GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Direito natural e jusnaturalismo*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>>. Acesso em: 27/09/2022.
- [11] GOODHART. Arthur Lehman. *Determining the ratio decidendi of a case*. Yale Law Journal, volume XL, number 2, 1930

- [12] Jurisprudência do STF. *RE 197.917/SP*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur12989/false>>. Acesso em: 04/10/2022.
- [13] Jurisprudência do STF. *RE 556.664/RS*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur1762/false>>. Acesso em: 04/10/2022.
- [14] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. por Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- [15] _____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- [16] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- [17] MENDES, Gilmar Ferreira / BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP)
- [18] MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metodica Estruturantes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- [19] _____. *Teoria estruturante do Direito*. trad. Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- [20] NERY JÚNIOR., Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- [21] Planalto do Governo. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/10/2022.
- [22] Planalto do Governo. *Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 04/10/2022.
- [23] Planalto do Governo. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10/10/2022.

[24] SIMPSON, Alfred William Brian. *The Ratio Decidendi of a Case*. Incluído em: *Modern Law Review*, volume 21, number 2, 1958.

[25] STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

[26] _____. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun, p. 9-27. Contra o Neoconstitucionalismo.

[27] _____; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

[28] TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 05/10/2022

[29] WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. Michigan Law Review, volume 111, Issue 1, 2012.

[30] WEX DEFINITION TEAM. *Case Law*. Legal Information Institute, LII. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/case_law>. Acesso em: 27/09/2022.