

Uma proposta de significado para o efeito vinculante

A proposal for the meaning of binding effect

William Soares Pugliese

Pós-doutorando pela UFPRGS. Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Unibrasil. *Gastforscher* no *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*.

E-mail: wpugliese@gmail.com | ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5932-9076>

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 15, n. 2, p. 260-280, Maio-Agosto, 2019 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Março 26, 2019; Accepted/Aceito: Outubro 08, 2019]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i2.3233>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui!/click here!](#)

Resumo

Este artigo tem como objetivo examinar a crítica formulada contra a teoria dos precedentes vinculantes, partindo de seu núcleo: a afirmação de que, pela Constituição da República Federativa do Brasil, somente o Poder Legislativo pode editar preceitos abstratos e de caráter geral. No entanto, o trabalho examina a explicação de Norberto Bobbio acerca dos elementos da abstração e da generalidade, concluindo que o Poder Judiciário também tem legitimidade para emanar atos com essas características. Apesar dessa conclusão, a crítica força um exame mais apurado do regime constitucional do efeito vinculante e de quais decisões oriundas da jurisdição podem possuí-lo. Ao final, o artigo propõe uma definição para o efeito vinculante, examinando suas três partes: uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração.

Palavras-chave: Precedentes. Abstração. Generalidade. Efeito vinculante.

Abstract

This article aims to examine the criticism made against the theory of binding precedents, starting from its core: the assertion that, by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, only the Legislative Power can edit abstract and general precepts. However, the paper examines Norberto Bobbio's explanation of the elements of abstraction and generality, concluding that the Judiciary also has the legitimacy to emanate acts with these characteristics. Despite this conclusion, the criticism forces a closer examination of the constitutional regime of the binding effect and of which decisions from the Judiciary shall have it. In the end, the article proposes a definition for the binding effect by examining its three parts: once decided after careful analysis, a case should be treated as if it had been settled once and for all, unless it can be demonstrated that a special element requiring reconsideration.

Keywords: Precedents. Abstraction. Generality. Binding effect.

1 Introdução

Até pouco tempo atrás, não se observava no Direito brasileiro uma preocupação do Direito Processual com o significado da noção de vinculação, nem mesmo com atos que possuíssem essa força. O chamado efeito vinculante era uma característica das leis e demais atos normativos, gerais e abstratos, vinculantes sobre todos os cidadãos, e das decisões judiciais, vinculantes sobre as partes da causa.

Com a Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, que incluiu o art. 103-A à Constituição da República Federativa do Brasil, que permite ao Supremo Tribunal Federal (STF) editar enunciados de súmula vinculante, houve uma primeira revisão das hipóteses em que o Poder Judiciário pode tomar decisões com efeito vinculante (inclusive no controle difuso). Concomitantemente, com o crescimento da importância e da atuação do próprio STF, o volume e a relevância das decisões de inconstitucionalidade cresceram exponencialmente, o que exacerbou seu caráter também vinculante, nos termos da própria Constituição.

Até então, o significado do termo “vinculante” permanecia estável. O Código de Processo Civil de 2015, porém, foi responsável por dar início a uma intensa discussão sobre o tema. Na medida em que o Código instituiu, formalmente, a figura dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, parte da doutrina passou a sustentar que esses precedentes teriam eficácia vinculante. Imediatamente, outra linha doutrinária alicerçou sua crítica e questionou a interpretação que confere às decisões traços de generalidade e abstração.

Diante deste cenário, o presente artigo tem como objetivo examinar a crítica formulada contra a teoria dos precedentes vinculantes, partindo de seu núcleo: a afirmação de que, pela Constituição da República Federativa do Brasil, somente o Poder Legislativo pode editar preceitos abstratos e de caráter geral. Para tanto, o trabalho examina a explicação de Bobbio acerca dos elementos da abstração e da generalidade, concluindo que o Poder Judiciário também tem legitimidade para emanar atos com essas características. Apesar dessa conclusão, a crítica força um exame mais apurado do regime constitucional do efeito vinculante e de quais decisões oriundas da jurisdição podem possuí-lo. Ao final, o artigo propõe uma definição para o efeito vinculante, examinando seus elementos.

2 A tese da inconstitucionalidade do artigo 927, do Código de Processo Civil, e o resultado de sua análise

Apesar de diversos autores terem se posicionado contra a concessão de efeitos vinculantes ou persuasivos à jurisprudência e aos precedentes, mesmo antes da

entrada em vigor do novo Código de Processo Civil¹, as críticas de maior peso contra o instituto foram tecidas por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, que atacam a própria constitucionalidade do Código de Processo Civil.²

Essa tese é construída quando os autores comentam o artigo 927, do Código de Processo Civil, que determina que “os juízes e tribunais observarão” as seguintes hipóteses: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Na ótica de Nery Jr. e Nery, o referido dispositivo impõe, imperativamente, que juízes e tribunais cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados.³ Esclarecido o que os autores depreendem da regra, inicia-se a crítica: “[t]rata-se de comando que considera esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei”.⁴ Se o Poder Judiciário deve observar súmulas e outras decisões como referidas pelo artigo 927 (ou seja, se o artigo 927 impõe deveres), quer ele dizer que os juízes também produzem o direito (o artigo 927, assim, confere poderes). O problema desta conclusão, para os referidos autores, é saber “se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso da Súmula Vinculante do STF, para o qual a autorização está presente na CF 103-A”.⁵

Haveria, assim, flagrante inconstitucionalidade do dispositivo, pois somente por emenda constitucional seria possível atribuir competência ao Supremo Tribunal Federal, ou a qualquer outro tribunal, para estabelecer preceitos de caráter geral. A crítica é bastante contundente: “saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional”.⁶ Nessa linha, apenas as súmulas vinculantes e as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade seriam vinculantes, pois assim preceitua a Constituição, nos artigos 103-A e 102, § 2.º, respectivamente. Por outro lado, seriam inconstitucionais os incisos III, IV e V, do artigo 927, do Código de Processo Civil. Portanto, não teriam valor e seriam simples decisões judiciais os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas

1 FARIA, Gustavo Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

2 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

3 Idem.

4 Idem.

5 Idem.

6 Idem.

repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Apesar de a crítica ter sido construída contra o artigo 927, a opinião dos autores se estende para todos os aspectos em que os precedentes ganham alguma espécie de obrigatoriedade. Se for esta a conclusão, não haveria o que se falar em precedentes⁷.

Em que pese a relevância dos autores e os inegáveis desenvolvimentos científicos observados em suas obras, o presente artigo apresenta a ideia de que existe uma proposta de interpretação constitucional dos dispositivos do Código de Processo Civil relacionados aos precedentes, afastando a tese da incompatibilidade absoluta do dispositivo com a Constituição da República Federativa do Brasil. Ainda assim, é preciso deixar claro que a crítica apresentada até aqui é relevante e é a partir dela que esta segunda via pode ser concebida.

São duas as ordens de argumentos que permitem afastar as críticas de Nery Jr. e Nery. A primeira decorre de uma investigação sobre o significado de generalidade e de abstração, características que, para Nery Jr. e Nery, são exclusivas do Poder Legislativo. A segunda é a de que, sob uma ótica de constitucionalidade formal, o Poder Judiciário não teria competência para editar normas com “força de lei”, no sentido de que somente os enunciados aprovados pelo Poder Legislativo possuem caráter obrigatório para o Estado e seus cidadãos.

Passa-se a enfrentar o primeiro aspecto acima indicado, de que nem todas as hipóteses previstas pelo artigo 927 são de decisões gerais e abstratas. O primeiro passo para ingressar nesta discussão é a compreensão do que significa a afirmação de que a lei, ou um precedente, possui caráter geral e abstrato. Não se trata de uma discussão simples, muito menos pacífica, no âmbito da Teoria do Direito, nem mesmo na Teoria do Estado. Como ponto de partida, cabe a remissão a Norberto Bobbio e sua “Teoria della Norma Giuridica”, publicado originariamente em 1958.⁸ Nesta obra, Bobbio examina o critério formal de classificação das normas jurídicas, sendo que a concepção de “formal” adotada pelo autor diz respeito, exclusivamente, à “estrutura lógica da proposição normativa”.⁹

Para tratar deste tema, Bobbio estabelece distinções que considera fundamentais e tradicionais para as proposições descritivas e as estende às proposições normativas. A primeira delas é a distinção entre proposições universais e proposições singulares. As proposições universais são aquelas em que o sujeito representa uma classe composta de

7 Entenda-se, aqui, a noção de precedentes obrigatórios ou vinculantes, como defendida, dentre outros, por MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

8 A tradução utilizada é BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

9 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 160.

vários membros; por exemplo, “Os homens são mortais”.¹⁰ Já as proposições singulares são, naturalmente, aquelas em que o sujeito representa um único indivíduo, como “Sócrates é mortal”.¹¹ Esta distinção tem importante aplicação para o Direito, pois toda norma jurídica é formada por dois elementos constitutivos: o sujeito, a quem a norma se destina, e o objeto da prescrição, que retrata a ação prescrita. Assim, mesmo prescrições simples, como “levante-se”, têm um destinatário (sujeito) e uma ação prescrita (objeto). Nos sistemas jurídicos, as normas podem se apresentar de forma universal ou singular, seja no sujeito, seja no objeto.¹² Isto permite a obtenção de quatro tipos de proposições jurídicas: “prescrições com destinatário universal, prescrições com destinatário singular, prescrições com ação universal, prescrições com ação singular”.¹³

Bobbio oferece exemplos de cada uma dessas espécies. A prescrição com destinatário universal tem como exemplo a seguinte regra do Código Civil italiano: “O mandatário é obrigado a cumprir o mandato com a diligência do bom pai de família”. A prescrição com destinatário singular pode ser exemplificada com uma sentença que, ao aplicar um dispositivo legal, ordena a um cônjuge que mantenha e cuide dos filhos do casal que se divorciou. Como prescrição com ação universal o autor cita o artigo 145, do Código Civil italiano, pelo qual o “marido tem o dever de proteger a esposa, de tê-la junto a si e de administrar-lhe tudo o que for essencial às necessidades da vida em proporção às suas posses”.¹⁴ Por fim, as prescrições com ação singular têm como exemplo a determinação de um juiz a uma parte processual para que exhiba documentos cuja juntada considere necessária.

Note-se que as prescrições com destinatários ou ações particulares são exemplificadas com atos de juízes, enquanto as prescrições universais foram extraídas de dispositivos de lei. Este é o elemento central para o prosseguimento da lição de Bobbio. Para ele, a distinção entre normas universais e singulares, “que se encontra em todos os manuais”, introduz a doutrina da generalidade e abstração das normas jurídicas.¹⁵ Para prosseguir, o autor explica o que entende por geral e abstrato, não sem antes criticar parte da doutrina por não esclarecer se os termos são usados, ou não,

10 Idem.

11 Idem.

12 “Em outras palavras, tanto o destinatário quanto o objeto podem figurar em uma proposição com sujeito universal e com sujeito singular.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 160-161).

13 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 161.

14 Este artigo foi declarado inconstitucional em 1970. A informação pode ser obtida em versões atualizadas do Codice Civile, com o seguinte esclarecimento: “AGGIORNAMENTO (19) La Corte Costituzionale, con sentenza 24 giugno-13 luglio 1970, n.º 133 (in G.U. 1a s.s. 15/07/1970, n.º 177), ha dichiarato ‘la illegittimità costituzionale dell’art. 145, primo comma, del codice civile, nella parte in cui non subordina alla condizione che la moglie non abbia mezzi sufficienti il dovere del marito di somministrarle, in proporzione delle sue sostanze, tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita.’” (ITÁLIA. Codice Civile. Disponível em: <http://www.studiocataldi.it/codicecivile/codice-civile.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2019).

15 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 162.

como sinônimos. Trata-se de um esclarecimento importante: para Bobbio, “gerais” são as normas universais em relação ao destinatário, enquanto “abstratas” são as normas universais em relação à ação. Em síntese, “aconselhamos falar de normas gerais quando estivermos diante de normas que se destinam a uma classe de pessoas; e de normas abstratas quando estivermos diante de normas que regulam uma ação-tipo”.¹⁶ As normas gerais são o oposto das normas individuais¹⁷, enquanto as normas abstratas são o contrário das normas concretas ou, na melhor expressão de Bobbio, “ordens”.¹⁸

A crítica de Nery e Nery Jr. feita ao Código de Processo Civil de 2015 toma como premissa que a lei é abstrata e geral. Ocorre que, já em 1958, o próprio Bobbio já observava que “essa quadripartição ajuda-nos a escapar da doutrina tradicional, segundo a qual as características das normas jurídicas seriam a generalidade e a abstração”.¹⁹ Ao observar um ordenamento jurídico, existem normas gerais e abstratas, mas também existem ordens e comandos. Esta constatação leva Bobbio a uma primeira conclusão: “não se pode elevar os requisitos da generalidade e da abstração, ou ambos juntos, a requisitos essenciais da norma jurídica”.²⁰

Para Bobbio, a afirmação que exigia de todas as normas generalidade e abstração tinha origem ideológica, e não lógica. Mas quais seriam os valores que inspiram essa ideologia? O que justifica uma prescrição geral é a busca pela igualdade, enquanto a abstração se justifica pela certeza.²¹ Assim, em um plano ideal, seria possível cogitar um ordenamento jurídico eficaz concebido apenas com leis gerais e abstratas. Apesar disso, o próprio Bobbio admite que é necessário prever a violação do ordenamento e, por essa razão, é preciso admitir a existência de normas individuais e concretas, ainda que sirvam apenas para tornar possível a validade das normas gerais e abstratas.²² Um exemplo do autor é bastante pertinente: ao sugerir uma norma individual e abstrata (um comando) válida, Bobbio cogita “uma lei que atribui a uma determinada pessoa

16 Idem.

17 Bobbio sugere que as normas individuais podem ser compreendidas como “comandos”. Ver: BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 162-163.

18 “A rigor, o termo ‘norma concreta’ não é muito apropriado, uma vez que a palavra ‘norma’ leva a pensar numa regulamentação continuada de uma ação e, portanto, é mais adequado para designar apenas as normas abstratas. As normas concretas poderiam ser chamadas mais apropriadamente de ordens.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 162).

19 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 163.

20 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 163.

21 “Em relação a uma prescrição individual, considera-se que uma prescrição geral sirva para melhor realizar um dos fins fundamentais a que todo ordenamento jurídico deveria tender: o fim da igualdade. [...] Quanto à prescrição abstrata, ela é considerada a única capaz de realizar um outro fim a que tende todo ordenamento civil: a certeza. Por ‘certeza’ entende-se a determinação, em definitivo, dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a dado comportamento, de modo que o cidadão seja capaz de saber antecipadamente as consequências das próprias ações.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 163-164).

22 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 165.

uma função, por exemplo, a de juiz da Corte constitucional, destina-se a um único indivíduo e prescreve-lhe não uma ação singular, mas todas aquelas ações que são inerentes ao exercício do cargo”.²³

Não foi só Bobbio que observou a impossibilidade do Direito se sustentar em prescrições gerais e abstratas. Nesta linha, Jorge Miranda admite a edição de leis gerais e concretas, as quais o autor denomina de “leis-medidas” e de leis individuais.²⁴ Para ele, essas espécies são razoáveis, mas “têm de obter uma legitimação constitucional específica ou, no mínimo, não colidir com o princípio da igualdade”²⁵, dentre outras limitações sugeridas.²⁶

Portanto, não há uma relação direta e necessária entre os enunciados normativos e as características de generalidade e abstração. Desde que a lei não desvie dos elementos normativos que integram o Estado²⁷, como a igualdade, pode-se cogitar em leis individuais ou concretas. O Poder Legislativo, portanto, não se predica apenas de atos gerais e abstratos.

Cabe, agora, alterar o objeto de análise. Há alguma restrição contra a tomada de atos gerais e abstratos pelo Poder Judiciário? A princípio, esta restrição não se impõe. Na verdade, é costumeiro ao Poder Judiciário tomar decisões individuais e concretas pela natureza de sua atividade mais comum: a solução de situações jurídicas que envolvem duas partes com a declaração do direito e a edição de uma “norma” específica para aquele caso. No vocabulário de Bobbio, portanto, o Judiciário costuma agir por meio de ordens e comandos destinados às partes de um processo judicial. No entanto, isso ocorre pela natureza da atividade, não por um impedimento legal ou constitucional específico. Recentes desenvolvimentos do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil podem contribuir para confirmar esta afirmação.

Pense-se, em primeiro lugar, na atribuição de competência ao Poder Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade das leis. Nas hipóteses em que o controle é exercido em abstrato e em sede de controle concentrado, as decisões

23 Idem.

24 MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 430.

25 Idem.

26 Na mesma linha de Bobbio, Jorge Miranda relaciona os limites das normas individuais ou concretas ao respeito da igualdade e da certeza: “não podem abrir diferenciações arbitrárias; não podem impor encargos a uns cidadãos e não a outros; não podem submeter os cidadãos ao capricho do poder administrativo à margem de uma ordem normativa; têm de possuir um conteúdo ‘materialmente geral’ – ou seja, têm de respeitar, atualizando-os, os princípios constitucionais relevantes no caso; e o legislador fica vinculado a atribuir o mesmo efeito a uma situação igual justificativa da disciplina anterior.” (MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 430-431).

27 Seria inconcebível, em tese, uma lei que conferisse um prêmio em dinheiro a uma pessoa ou um grupo, embora esse caso tenha se verificado no Brasil, no art. 37, da Lei n.º 12.663/2012 – Lei da Copa. Neste sentido, ver: TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; PUGLIESE, William Soares. Democracia constitucional contemporânea e separação de poderes: uma análise com base no presidencialismo de coalizão. *Pensar* (UNIFOR), v.20, p. 327-350, 2015.

costumam produzir efeitos gerais e abstratos – que podem, em casos excepcionais, admitir modulação para a proteção de situações e relações jurídicas constituídas sob a égide da lei ou ato normativo inconstitucional. Esse efeito está previsto no artigo 102, § 2.º, da Constituição da República Federativa do Brasil, pelo qual as decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, “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”.

Este efeito vinculante, assim denominado pela Constituição, é a marca de que o Poder Judiciário pode, ao menos quando exerce o controle pela via direta, proferir decisões cujos efeitos são gerais e abstratos. É o que pretende o texto constitucional ao estender os efeitos das decisões a todos, inclusive órgãos do Poder Judiciário e à administração pública. Mas, não é apenas no controle concentrado que as decisões judiciais podem ter efeitos gerais ou abstratos.

Nas hipóteses em que o controle é exercido pela via incidental e difusa, ou seja, no curso de processos subjetivos e realizado por qualquer juiz investido na magistratura, existe uma necessidade premente de uniformização e generalização das decisões. Do contrário, como já advertia Cappelletti, formam-se contrastes de tendências que prejudicam o ordenamento jurídico como um todo.²⁸ Com o objetivo de permitir, no controle incidental, a extensão dos efeitos das decisões em termos gerais e abstratos, o poder constituinte derivado brasileiro optou pela criação da figura das súmulas vinculantes, prevista no artigo 103-A, da Constituição. Trata-se de decisão peculiar, tendo em vista que as súmulas são um instituto particular da tradição jurídica lusitana, mas que já foram abandonadas em Portugal, sob o argumento da inconstitucionalidade. Fato é, porém, que o Brasil admite a produção de efeitos gerais e abstratos de decisões do Poder Judiciário, ainda que em controle incidental. Até aqui, porém, a reflexão de Nery Jr. e Nery está de acordo, pois foram expostas apenas as hipóteses constitucionais de efeitos vinculantes.

Ocorre que existem outras situações em que as decisões do Poder Judiciário podem ter efeitos gerais e abstratos. A primeira delas ainda se encontra sob o tema do controle de constitucionalidade. Nos casos em que o Supremo Tribunal Federal

28 Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil Law*, do método ‘americano’ de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. [...] A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado. Tampouco a não aplicação, mesmo reiterada, de uma lei por parte do órgão supremo da justiça poderia impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento judiciário, nem, muito menos, uma mudança de opinião do órgão supremo.” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999. p. 76-78).

julga recurso extraordinário com repercussão geral, mas sem a edição de súmula vinculante, há produção de efeitos para além das partes. Evidentemente, estas decisões não possuem o referido “efeito vinculante” atribuído pela Constituição às decisões de controle concentrado ou súmulas vinculantes, mas não há como negar que a tomada de decisão pela corte brasileira passa a ser tida, ao menos, como opinião majoritária pelos demais tribunais, pela doutrina e pelo jurisdicionado.

Este efeito “não vinculante”, mas relevante, das decisões do Supremo em sede de controle difuso é causa de incerteza, razão pela qual muitos recorreram à teoria dos precedentes para compreender uma decisão como tal. A remissão aos precedentes é útil pois o respeito às decisões dos tribunais é uma doutrina que foi desenvolvida sem a incidência de dispositivos legais que concedessem às decisões efeitos vinculantes.²⁹ Embora seja possível discutir a diferença de grau de vinculação entre decisões proferidas em controle abstrato ou concentrado, é razoável afirmar que as decisões das Cortes Supremas sejam mais gerais e abstratas que uma decisão judicial comum.³⁰

De todo modo, não é apenas no controle de constitucionalidade que o Poder Judiciário pode agir de modo geral ou abstrato. A continuidade desse argumento pressupõe, como admitia Bobbio, a separação entre atos de caráter geral e de caráter abstrato. Em outras palavras, buscam-se decisões que atinjam todas as pessoas, ou uma classe delas (gerais), ou que regulem uma ação-tipo (abstratas).

No que toca ao primeiro aspecto, de decisões com caráter geral, vale destacar, em primeiro lugar, o reconhecimento da doutrina do Direito Processual Civil brasileiro de que é possível a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, por meio dos processos coletivos.³¹ A questão dos efeitos gerais das decisões nos processos coletivos é um dos tópicos mais discutidos neste tema, costumeiramente analisado sob o tópico da coisa julgada nas ações coletivas.³² O reconhecimento de que a proteção de direitos pode se dar de maneira coletiva é prova de que uma decisão do Poder Judiciário pode ser geral. Registre-se, ainda, a discussão doutrinária sobre a possibilidade de coletivização da tutela de interesses individuais, vedada no Código de Processo Civil, mas defendida com argumentos teóricos e práticos relevantes que demandam a atenção do legislador.³³

29 Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

30 Neste sentido, MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

31 As referências sobre o tema são inúmeras. Ver, por exemplo, VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

32 Ver GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

33 Sobre o tema, ver: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Há, também, casos em que o Poder Judiciário adota medidas de caráter abstrato. Recorde-se que a medida abstrata é o oposto de uma determinação concreta ou de uma ordem, ou melhor, é o ato que estabelece um dever amplo de agir. Nesta linha, na recente decisão que apreciou o pedido cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), para que fosse reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro³⁴, houve julgamento que determinou a todos os magistrados que “realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão”. Esta determinação estabelece um padrão de conduta a ser tomado por todo o Poder Judiciário, no sentido de que todo preso deve comparecer perante o magistrado em 24 horas. Trata-se de uma prescrição que não se exaure com a realização da audiência, pois demanda uma reforma na estrutura do sistema penal, exige maior agilidade no procedimento de prisão e de agendamento da custódia, entre outras medidas. Em síntese, é uma determinação com técnica semelhante a do Código Civil italiano que determinava que o marido administrasse os bens da esposa.

Tem-se, assim, que o Poder Judiciário também pode editar atos gerais e abstratos, ainda que em casos específicos ou em circunstâncias excepcionais. Portanto, não é apenas a lei que possui as características de generalidade e abstração. Assim, a crítica de Nery Jr. e Nery pode ser compreendida em uma escala abaixo, sem a conclusão pela inconstitucionalidade dos dispositivos.

Assim, seria possível recepcionar a crítica de Nery Jr. e Nery no seguinte sentido: ao equiparar a lei aos precedentes, por meio dos efeitos gerais e abstratos, o problema denunciado pelos autores pode ser a atribuição de efeitos vinculantes e gerais a algumas decisões proferidas pelo Poder Judiciário. O sentido da crítica, portanto, pode ser uma recusa em se admitir que o Poder Judiciário tenha competência para editar regras que devam ser obrigatoriamente seguidas, ou melhor, que tenham a chamada “força de lei”. A origem da crítica parece estar na superfície da discussão: a força vinculante de um ato normativo é característica exclusiva da lei ou outros atos possuem essa mesma extensão? Afirmar que um precedente possui caráter vinculante viola a separação de poderes?

Uma breve intermissão se faz necessária. Para a doutrina processual, o efeito vinculante consiste na eficácia anexa que incide sobre determinadas decisões judiciais e enunciados de súmula.³⁵ Esse efeito não esteve sempre presente no ordenamento jurídico brasileiro. Foi instituído pela Emenda Constitucional n.º 7 de 1977 e posteriormente adotado pelo artigo 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1988, originariamente, não apresentava previsão nesse sentido, mas a Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, inseriu o efeito vinculante

34 ADPF 347, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

35 TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira*. 91p. Tese (Livro-docência) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

no texto constitucional. Com a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, o efeito vinculante passou a constar nos artigos 102, § 2.º e 103-A, da Constituição Federal, com a redação atual.³⁶

O Deputado Roberto Campos, responsável pela edição do Projeto da Emenda Constitucional n.º 3 de 1993, baseou-se no *Bindungswirkung* – instituto desenvolvido no direito processual alemão – ao reinserir o efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro.³⁷ Sérgio Massaru Takoi explica a figura: “O efeito vinculante (*Bindungswirkung*) das decisões de mérito do Tribunal Constitucional está expresso no art. 31, I, da Lei Orgânica do TCFA (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*), que assim dispõe: às decisões do Tribunal Constitucional Federal serão vinculantes para os órgãos constitucionais da Federação e dos *Länder* tanto quanto para todos os tribunais e autoridades”.³⁸

Disto se extrai que o efeito vinculante foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de conferir autoridade obrigatória para as decisões do Supremo Tribunal Federal. Cabe, aqui, remissão ao trabalho de Viviane Lemes da Rosa, que sustenta que o instituto foi introduzido na Constituição Federal de 1988 com algumas diferenças em relação ao original alemão, como, por exemplo, a ausência de incidência de efeito vinculante sobre os fundamentos determinantes e a desvinculação do Poder Legislativo.³⁹

Retorna-se às questões estabelecidas por Nery Jr. e Nery. Ainda que a intenção dos autores seja alegar a impossibilidade de se atribuir efeitos de autoridade obrigatória às decisões, a crítica também não se sustenta. Para tanto, basta procurar uma interpretação mais comedida e razoável do artigo 927, do Código de Processo Civil, para se concluir que os efeitos vinculantes, no mesmo sentido de uma lei, não são uma constante nas hipóteses mencionadas pelo referido dispositivo.

O artigo 927 utiliza um verbo de significado aberto, “observar”, cujo sentido pode ser modulado para cada um dos incisos. Note-se, de partida, que as duas hipóteses reconhecidas por Nery Jr. e Nery como casos em que a própria Constituição admite a edição, pelo Poder Judiciário, de atos com efeitos vinculantes (“autorização para legislar”⁴⁰), são as previstas pelos incisos I e II do dispositivo: decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e enunciados de súmula vinculante. Estas duas são, de fato, situações em que a Constituição da República Federativa do Brasil autoriza e prevê, expressamente, que as decisões do Supremo Tribunal Federal terão efeitos vinculantes.

36 TAKOI, Sérgio Massaru. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117-119.

37 TAKOI, Sérgio Massaru. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118.

38 TAKOI, Sérgio Massaru. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 119.

39 ROSA, Viviane Lemes da. *O sistema de precedentes brasileiro*. 349f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 88.

40 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1837.

As outras três hipóteses previstas não são albergadas pela Constituição e não podem ser consideradas como hipóteses de decisões que produzem efeitos vinculantes nos mesmos termos. Mas, isso não significa que são inconstitucionais nem que não tenham relação com o *stare decisis*. Ao contrário, os critérios de interpretação permitem atribuir a essas espécies de decisões, previstas nos incisos III, IV e V, graus inferiores de eficácia. Reconhecer que decisões como os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência e em julgamento de recursos repetitivos devem ser observadas pelos demais tribunais é um ato que possui valor intrínseco para a uniformização da jurisprudência e se mostra constitucional.

Em síntese, para preservar o Código de Processo Civil e sua constitucionalidade, no que diz respeito às técnicas de uniformização de jurisprudência e de aplicação de precedentes em face da aparente violação da separação de poderes, é preciso reconhecer que os efeitos vinculantes – nos exatos termos previstos pela Constituição brasileira – são características das decisões proferidas em controle de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes. Os demais precedentes, embora devam ser observados, possuem uma gradação distinta da vinculação propriamente dita.

3 O efeito vinculante

Ao expor as razões pelas quais as decisões passadas são relevantes para o Direito, Neil MacCormick sintetiza as vantagens da teoria dos precedentes em três motivos. O primeiro é uma razão de justiça: “se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos) ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados”.⁴¹ Em segundo lugar, e como decorrência do primeiro motivo, está a ideia de um sistema jurídico imparcial, que aplica a mesma justiça a todos. O Estado de Direito pressupõe que as mesmas regras e soluções orientem a decisão, independentemente do juiz da causa, e requer que “se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro”.⁴² O terceiro motivo identificado é a economia de esforço, pois a definição de um resultado dispensa juízes e advogados de repetir os mesmos argumentos, sobre as mesmas circunstâncias, para os mesmos casos. Assim, considerados os três motivos que justificam a adoção de precedentes, “uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração”.⁴³ Esta última citação, embora não fosse o plano do autor, pode ser considerada a definição de efeito vinculante. É o que se passa a expor.

41 MacCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 191.

42 Idem.

43 Idem.

Como exposto, a concepção de efeito vinculante aqui adotada é mais uma vez repetida: “uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração”.⁴⁴ Existem três partes nesta concepção que devem ser examinadas.

A primeira parte é a que exige, da decisão apta a se tornar um precedente, que exiba uma “análise cuidadosa”. É imprescindível que o precedente contenha argumentos que respondam às teses alegadas pelas partes e que convença os interessados de que a decisão faz sentido. De outra ótica, de nada adianta uma decisão que se limita a declarar o resultado de um julgamento, sem explicar as razões de decidir.

A segunda parte da definição revela o elemento “vinculante” do efeito vinculante. Explica-se: afirmar que “um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas” significa tratá-lo com um grau de definitividade, inclusive para casos semelhantes que surjam após a decisão do anterior. Sob outra ótica, é atribuir um efeito geral e abstrato para decisões do Poder Judiciário, de modo que não se admita nova discussão sobre o tema, impedindo outros juízes ou tribunais de se opor à decisão. Pode-se dizer, com segurança, que a decisão brasileira com efeitos vinculantes que melhor demonstra o significado deste elemento do conceito são as que julgam procedentes ações declaratórias de inconstitucionalidade – ou seja, decisões que declaram, pela via direta, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo.

Ao discorrer sobre os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a lei assim declarada, sem ressalvas, é considerada nula *ipso iure e ex tunc*.⁴⁵ Vale dizer, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela via direta não pode mais ser aplicada, “seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal”.⁴⁶ O entendimento do Supremo confirma este argumento, pois até mesmo a exigência de remessa da decisão para o Senado Federal, previsto no artigo 52, X, da Constituição, deve ser aplicado apenas nas hipóteses de declaração incidental.⁴⁷ Assim, declarada inconstitucional, a lei está excluída do ordenamento jurídico, não se admitindo qualquer argumento em prol de sua reconstituição ou qualquer outro ato que restaure sua existência. A irrecorribilidade da decisão de inconstitucionalidade, e a vedação de ação rescisória contra as decisões nestes casos (prevista pelo artigo 26, da Lei n.º 9.868/1999), reforçam esta conclusão.⁴⁸

Destaca-se que o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade, que a tornam obrigatória, já foi discutido pelo Supremo Tribunal Federal. Na Reclamação

44 Idem.

45 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 321.

46 Idem.

47 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 320-321.

48 “Todos ficam submetidos à decisão pela circunstância de não poderem discutir a constitucionalidade da lei em abstrato.” (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1129).

1.987⁴⁹, inclusive, os ministros limitaram a eficácia vinculante ao dispositivo da decisão. O Ministro Carlos Velloso, por exemplo, condiciona a vinculação dos efeitos a uma “limitação objetiva: o ato normativo objeto da ação, o dispositivo da decisão vinculante, não os seus fundamentos”.⁵⁰ O Ministro Sepúlveda Pertence acrescentou que, se os limites do efeito vinculante fossem ampliados para a fundamentação da decisão, estar-se-ia transformando “em súmula vinculante qualquer premissa de uma decisão”⁵¹ (note-se que o julgamento ocorreu em 2003, portanto é anterior à Emenda Constitucional n.º 45).

Sabe-se que parte da doutrina não concorda com este posicionamento.⁵² No entanto, a postura do Supremo Tribunal Federal confirma o que se defendeu acima: a atribuição de um efeito definitivo e obrigatório, ou vinculante, é algo que deve ser feito com cautela, pois impede nova discussão sobre o assunto. É por isso que a decisão que exclui do ordenamento jurídico uma lei é o melhor exemplo para uma decisão com efeito vinculante: se a lei foi mesmo excluída, é mais adequado para todo o sistema jurídico que a lei não volte a vigorar. A decisão produz efeitos, de uma vez por todas, e não admite retorno. Dela não se recorre, ela não se rescinde, apenas se aceita seu “efeito vinculante”. Toda e qualquer oportunidade de questionar a decisão se exaure com a sua publicação e a exclusão da lei do ordenamento jurídico não depende de nenhum outro ato. É evidente, assim, que tanto a Administração Pública quanto os particulares devem considerar a decisão de imediato.

Há, ainda, uma última característica que deve ser destacada. A declaração de inconstitucionalidade que pronuncia a nulidade da lei, sem modulação, não admite qualquer tipo de situação excepcional. Qualquer situação deve ser decidida como se a lei não tivesse existido, respeitando-se, quando muito, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Os demais casos, ainda não protegidos pelas previsões constitucionais acima referidas, devem ser apreciados sem qualquer consideração do texto declarado inconstitucional.

Ocorre que esta capacidade de tomar decisões definitivas, sem qualquer exceção, não é algo factível no Direito e também não é uma qualidade que gera algum resultado intrinsecamente positivo. Até mesmo a vinculação do Estado e dos cidadãos à lei, à luz do positivismo, não produziu o resultado esperado, o que levou Ronald Dworkin,

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 1987. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 01/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 21/05/2004.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 1987. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 01/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 21/05/2004. Voto do Ministro Carlos Velloso. p. 97.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 1987. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 01/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 21/05/2004. Manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence. p. 70.

52 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1142-1146.

por exemplo, a sugerir que o próprio Direito é um conceito interpretativo.⁵³ A certeza e a definitividade, em termos que não admitem qualquer exceção, produzem mais dificuldades do que benefícios.

É justamente por conta desses motivos que MacCormick inclui, ao tratar dos efeitos vinculantes, a consideração de que o caso deve ser decidido de determinada maneira, “a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração”. Vê-se, assim, que mesmo em decisões ou atos que se reputeem vinculantes o autor sempre deixa um espaço de oxigenação, admitindo que circunstâncias excepcionais afastem a solução previamente estabelecida para um caso semelhante. Em alguns casos, essa excepcionalidade é reconhecida na própria decisão, como nas hipóteses em que há modulação dos efeitos ou em que há declaração de constitucionalidade.

Nos termos do artigo 27, da Lei n.º 9.868/1999, o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, poderá, por maioria de dois terços de seus membros, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os seus efeitos ou decidir que a eficácia provenha do trânsito em julgado ou surja a partir de outro momento a ser fixado.⁵⁴ Esta é a previsão legal que abre espaço para a chamada modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Para compreendê-la, deve-se recordar que, via de regra, a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, mas que nem sempre a repercussão desse efeito é positiva. Da mesma forma, haveria alguma situação que seria prejudicada se a opção pelos efeitos da inconstitucionalidade fosse *ex nunc*. Neste sentido, “adotada uma ou outra teoria, admitindo-se a declaração da nulidade ou a desconstitutividade [...] sempre seria necessário, conforme as particularidades de cada caso, fazer avançar ou retroagir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade”.⁵⁵

Por conta disso, a legislação autoriza os tribunais responsáveis pelo controle de constitucionalidade pela via direta a restringir os efeitos ou limitar a eficácia da decisão. Pela modulação⁵⁶, a decisão pode isentar determinados atos ou situações dos efeitos retroativos, decidir que os efeitos serão produzidos com o trânsito em julgado ou, ainda, decidir que os efeitos apenas serão produzidos a partir de certa data ou evento futuros.⁵⁷ Após essas observações, concluem Sarlet, Marinoni e Mitidiero

53 DWORIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

54 Sobre o tema, ver também: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

55 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1155.

56 Para uma análise voltada especificamente à modulação, ver: ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

57 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1156.

que há, na modulação, “efeitos retroativos, efeitos prospectivos propriamente ditos e efeitos prospectivos a partir de determinado evento”.⁵⁸ O objetivo deste artigo não é o aprofundamento do tema da modulação, mas sim a demonstração de que o próprio sistema constitucional brasileiro permite que as cortes estabeleçam situações excepcionais em que os efeitos vinculantes são temperados. Esta é, portanto, a primeira prova de que, mesmo nas decisões cujo efeito é vinculante, pode haver um elemento especial que exige sua reconsideração.

Esta questão é reforçada pela análise de uma segunda espécie de atuação do Supremo Tribunal Constitucional no controle de constitucionalidade pela via especial. Tratam-se das ações declaratórias de constitucionalidade, cujas decisões de procedência têm o efeito (vinculante, por força do artigo 102, § 2.º) de confirmar a constitucionalidade de lei ou ato normativo. O que a Constituição não responde é se o “STF pode voltar a tratar de norma que já declarou constitucional, seja mediante sentença de procedência em ação de constitucionalidade, seja por meio de sentença de improcedência em ação de inconstitucionalidade”.⁵⁹ A mesma questão pode ser formulada para os casos em que o Supremo Tribunal Federal julga improcedente ação declaratória de inconstitucionalidade.

A resposta mais clara e comum, neste caso, é a de que não cabe nova ação. O fundamento para tanto é o de que a causa de pedir nas ações diretas de controle de constitucionalidade é aberta, pelo que o Supremo ou outra corte responsável pelo controle não está adstrita aos argumentos levantados pelas partes, podendo o próprio tribunal construir teses favoráveis ou contrárias à constitucionalidade da lei.⁶⁰ Assim, tem-se que não cabe a repetição de ações declaratórias de constitucionalidade, pela ficção de que a Corte analisou todos os argumentos disponíveis quando do primeiro julgamento.

Apesar dessa afirmação ser considerada, o estudo da jurisdição constitucional revela que a tese acima descrita também é excepcionável. Para tanto, parte-se da constatação de que a causa de pedir, ainda que aberta, está atrelada a um determinado momento temporal e constitucional.⁶¹ O que Sarlet, Marinoni e Mitidiero procuram

58 Idem.

59 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1131.

60 “Se todos os fundamentos constitucionais podem ser livremente analisados pela Corte, ainda que não contidos em uma específica causa de pedir, não há como admitir que determinado fundamento não tenha sido deduzido ou discutido na ação de (in)constitucionalidade.” (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1133).

61 “Ou seja, a ideia de causa de pedir aberta não perde algo que é essencial ao próprio conceito de causa de pedir, precisamente a sua dimensão temporal, concretizada mediante a lembrança de que toda causa de pedir é o reflexo de um estado jurídico e de fato que se apresenta em determinado momento histórico. De modo que a causa de pedir aberta, por consequência, espelha todos os fundamentos constitucionais válidos em certo instante da história.” (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1132).

afirmar é que os argumentos constitucionais são marcados pela historicidade⁶², a qual condiciona a compreensão dos fundamentos constitucionais ao longo do tempo. Deste modo, pela transformação da realidade e dos valores sociais, e também pela alteração da compreensão do próprio Direito, o texto constitucional pode sofrer alterações de sentido, de modo que uma lei antes vista como constitucional passe a ser inconstitucional.⁶³ Na mesma linha, Gilmar Mendes admite como situações excepcionais que autorizam a revisão da constitucionalidade da lei as hipóteses de “significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”.⁶⁴ Esta questão é intrínseca ao Direito, de modo que a estabilidade não significa uma estagnação jurídica, mas sim a possibilidade de alteração, desde que adotadas as devidas cautelas⁶⁵.

Nos casos de decisões que julgam procedentes ações declaratórias de constitucionalidade, ou que julgam improcedentes ações declaratórias de inconstitucionalidade, há a produção de efeitos vinculantes, salvo nos casos em que um elemento especial exija consideração. Este elemento especial, nos casos em que há causa de pedir aberta, é a alteração do sentido da própria Constituição, por conta da alteração de sua compreensão ao longo do tempo. Assim, concluem Sarlet, Marinoni e Mitidiero, que “diante da alteração dos valores, da realidade social ou da concepção geral do direito, desaparece a legitimidade constitucional da norma, a obrigar o STF a proferir outra decisão acerca da constitucionalidade da mesma norma”.⁶⁶

Tudo isso permite concluir que mesmo para as decisões vinculantes de controle de constitucionalidade pela via principal existe um espaço de excepcionalidade. Justamente por isso é que se definiu o efeito vinculante como aquele que se opera após uma análise cuidadosa, que exige o tratamento do caso como se ele tivesse sido resolvido de uma vez por todas, salvo quando é possível demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração.

Evidentemente, o espaço que permite a reconsideração de um precedente tende a ser mais amplo nos demais casos. Esta conclusão impõe a melhor compreensão e o uso coerente da técnica da distinção, sob pena de que os precedentes brasileiros sejam aplicados sem a consideração dos elementos materiais dos casos. Este, porém, é objeto a ser enfrentado em outra oportunidade. Outro efeito que poderia ser considerado é o chamado *backlash*, ou seja, a reação social e legislativa a partir de uma decisão

62 Sobre o tema, ver ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 30, p. 146-158, 2000.

63 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1133.

64 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 363.

65 PUGLIESE, William Soares. *Princípios da jurisprudência*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

66 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1134.

judicial⁶⁷. Neste aspecto, seria até mesmo possível desenvolver uma avaliação de quem são os agentes com poder de veto sobre uma decisão com efeitos vinculantes, no Brasil⁶⁸. De todo modo, estas reflexões dependem, justamente, de uma definição do significado de “vinculante”, como aqui se propôs.

4 Considerações finais

Como exposto, a tese da inconstitucionalidade do art. 927, do Código de Processo Civil, instiga uma importante reflexão a respeito do significado do efeito vinculante das decisões judiciais. Parece haver, sob uma primeira análise, um efeito vinculante propriamente dito designado especificamente para as decisões proferidas em controle de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes. Isto não significa, porém, que as demais hipóteses em que a lei prevê efeito vinculante a decisões judiciais sejam marcadas por patente inconstitucionalidade. Este artigo procurou demonstrar que é, sim, possível que decisões tenham efeitos gerais e abstratos, sem se confundir com a legislação.

No entanto, o presente trabalho defendeu que, nessas hipóteses, a vinculação deve ser compreendida da seguinte forma: uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração.

Desta concepção, extraem-se três elementos centrais. Em primeiro lugar, não há força vinculante sem que o precedente tenha origem em uma decisão bem fundamentada. Em segundo lugar, a vinculação pressupõe que a solução para um caso seja aplicada aos demais casos iguais. Mas, por último, existe um elemento que permite, em situações excepcionais, a reconsideração do próprio precedente, sob pena de inviabilizar qualquer oportunidade de aperfeiçoamento e de distinção. Com a compreensão desses três elementos em conjunto, torna-se possível contemplar um sistema de precedentes que permita um Direito estável, íntegro e coerente.

Para além disso, a definição do efeito vinculante permite que outros estudos sejam realizados e que considerem, de forma adequada, o papel dos precedentes no Direito brasileiro. Justamente por isso foi mencionado, ao final, as possibilidades de se discutir o *backlash* das decisões e o papel das Cortes na agenda política.

67 Ver, por todos, POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Cambridge: Harvard, v. 42, p. 373-433, 2007; CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016; GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a Constituição ao Povo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

68 TSEBELIS, George. *Veto players*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 1987. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 01/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 21/05/2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- FARIA, Gustavo Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a Constituição ao Povo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- ITÁLIA. Codice Civile. Disponível em: <http://www.studiocataldi.it/codicecivile/codice-civile.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2019
- MacCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. São Paulo: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Cambridge: Harvard, v. 42, p. 373-433, 2007.
- PUGLIESE, William Soares. *Princípios da jurisprudência*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

ROSA, Viviane Lemes da. *O sistema de precedentes brasileiro*. 349f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 30, p. 146-158, 2000.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

TAKOI, Sérgio Massaru. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira*. 91p. Tese (Livredocência) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; PUGLIESE, William Soares. Democracia constitucional contemporânea e separação de poderes: uma análise com base no presidencialismo de coalizão. *Pensar* (UNIFOR), v. 20, p. 327-350, 2015.

TSEBELIS, George. *Veto players*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.