

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE
DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O
SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

Luísa Alvim Monteiro de Paula

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE
E O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES***

***ABSTRACTIVIZATION OF THE DIFFUSE CONTROL OF
CONSTITUTIONALITY AND THE SYSTEM OF BINDING PRECEDENTS***

Lúisa Alvim Monteiro de Paula

RESUMO

O artigo trata da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, principalmente em função da atual vinculação de precedentes estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015. O método a ser adotado foi o teórico, a partir da análise do contexto histórico do controle de constitucionalidade brasileiro que originou a garantia de efeitos vinculantes e *erga omnes* a decisões proferidas em sede de controle incidental de constitucionalidade. O que se conclui é que, ante o atual protagonismo do Poder Judiciário, é pouco provável uma modificação nessa aproximação entre o controle concentrado e o difuso de constitucionalidade. E, em razão de tal conclusão, são estudados os métodos que buscam garantir maior legitimidade às decisões dos Tribunais em sede de controle difuso, que serão precedentes vinculantes, bem como os métodos para correta aplicação de tais precedentes.

PALAVRAS-CHAVE: ABSTRATIVIZAÇÃO. PRECEDENTE. VINCULAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE.

***ARTIGO RECEBIDO EM FEVEREIRO/2020 E APROVADO EM JULHO/2020.**

ABSTRACT

The article deals with the abstractivization of the diffuse control of constitutionality, especially in view of the current precedence established by the Code of Civil Procedure of 2015. The method adopted was the theoretical one, based on the historical context of the Brazilian constitutionality control that originated the guarantee of binding effects and erga omnes to decisions rendered in the case of incidental control of constitutionality. What is concluded is that, given the current protagonist role of the Judiciary, it is unlikely a change in this approximation between the concentrated control and the diffuse constitutionality. Moreover, because of this conclusion, the methods that seek to guarantee greater legitimacy to the decisions of the Tribunals in diffuse control that will be binding precedents, as well as the methods for correct application of such precedents are studied.

KEYWORDS: ABSTRACTIVIZATION. PRECEDENT. BINDING. CONSTITUTIONALITY. CONTROL.

1. INTRODUÇÃO

O artigo aborda o fenômeno da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Assim, busca-se entender as formas de controle adotadas no país, bem como a sua origem, de modo que se estabeleça um paralelo entre a formação do controle de constitucionalidade adotado no Brasil com o fenômeno estudado, que acaba por garantir efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. É feito um estudo do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema e, posteriormente, o referido fenômeno é relacionado com a vinculação de precedentes implementada pelo Código de Processo Civil de 2015.

O diploma processual civil vigente, ao estabelecer os precedentes vinculantes, elenca as decisões proferidas pelo Pleno ou Órgão Especial dos Tribunais, o acaba por redundar na vinculação obrigatória das decisões firmadas em sede de Arguição de Inconstitucionalidade em Tribunal, em razão da necessidade de observância da cláusula da reserva de plenário.

Assim, considerando o corrente protagonismo do judiciário, chancelado pelo próprio legislativo ao garantir eficácia vinculante aos precedentes judiciais, busca-se se estudar formas para garantia de maior legitimidade democrática às decisões dos Tribunais, bem como métodos interpretativos dos precedentes vinculantes que possibilitem sua adequada aplicação a outros casos concretos.

2. O CONTROLE DIFUSO/CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de constitucionalidade é a verificação da adequação de leis e atos normativos à Constituição, que visa precipuamente garantir sua supremacia (SILVA, 2014, p.51). Este tipo de controle pode ser preventivo, ocorrendo antes da entrada em vigor da norma, realizado, via de regra, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. O controle pode ainda ser repressivo, que é aquele realizado após o ingresso da norma no ordenamento jurídico, quase sempre feito pelo Poder Judiciário.¹

¹ O controle preventivo de constitucionalidade se verifica, primordialmente, na tramitação do Projeto submetido ao Poder Legislativo, sendo que no âmbito nacional se confere às Casas de Constituição e Justiça a atribuição de análise da compatibilidade da norma a ser submetida a votação em face da CF/88. O Poder Executivo também realiza controle preventivo de constitucionalidade, através do veto, prerrogativa esta conferida ao chefe do executivo (art. 66, §1º, CF/88). Excepcionalmente, o Poder Judiciário realiza controle preventivo de constitucionalidade, principalmente no que se refere a adequada observância do procedimento legislativo e a análise de questões materiais quando relativas a projeto de Emenda Constitucional tendente a abolir as chamadas cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF/88).

O controle repressivo de constitucionalidade, realizado rotineiramente pelo Judiciário, pode se dar de forma difusa, no qual todo magistrado possui competência para análise da constitucionalidade de um ato normativo quando questionado à luz de um caso concreto, bem como de forma concentrada, realizado pelo STF e Tribunais (quando o parâmetro é a Constituição Estadual), caso em que a constitucionalidade passa a ser o objeto direto da demanda. O Poder Legislativo pode exercer controle repressivo de Constitucionalidade ao rejeitar Medida Provisória, sustar ato normativo executivo que exorbite o poder regulamentar (art. 84, IV, CF/88) ou delegação legislativa (art. 68, CF/88). Ademais, o controle repressivo pelo Poder Executivo se dá com a possibilidade de se rejeitar a aplicação de lei ou ato normativo o qual repute inconstitucional (*vide* ADI 221/DF).

Consoante leciona Gilmar Mendes (2010, p. 1161), o controle repressivo de constitucionalidade se baseia, historicamente, em dois grandes modelos, o americano e o austríaco.

O modelo americano de controle se desenvolveu a partir do julgamento de um caso específico, no famoso precedente *Marbury versus Madison*². Com esse precedente, consagra-se a ideia de que magistrados poderiam negar aplicação a leis que viessem de encontro à Constituição, sendo que tal controle passa a ser uma prerrogativa de juízes e tribunais espalhados nos EUA, o que lhe caracteriza como um controle difuso. Importante considerar que tal sistema, se desenvolveu em um país de tradição de *common law*, no qual o direito consuetudinário se sobressai em face da produção normativa legislativa. Sobre o tema, interessantes as considerações feitas por Ronaldo Polleti:

O sistema difuso indica uma maior compatibilidade com o *common law*, onde o costume, e não a lei, representa a mais importante fonte do Direito e, ainda, onde os precedentes judiciais são mais relevantes para a formação da jurisprudência a balizar outras e futuras decisões. Isso explica o sistema americano, proveniente do inglês, porém transplantado para um regime de Constituição escrita. Elucida, ainda, o *stare decisis* o precedente que vincula as futuras decisões judiciais. (COGO, *apud*, POLLETI, 2012)

Já o modelo austríaco, pauta-se pela necessidade centralização do controle por um órgão autônomo, que tem como função guardar a Constituição. Nesse tipo de controle, a corte constitucional não analisa o caso concreto, ou seja, a discussão quanto a constitucionalidade não é uma questão prejudicial para análise de um caso específico, mas sim o próprio objeto da demanda. De maneira diversa do americano, o modelo de controle austríaco ganha amparo em razão da ideia de uma separação mais rígida entre os poderes (SOARES, 2012, p. 158).

² O caso *Marbury x Madison* é o marco inicial do controle de constitucionalidade, tendo o Juiz John Marshall decidido em 1803 que, havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior. (NETO, SARMENTO, 2012, p. 26)

Conforme salienta Marcelo Casseb Continentino (2017, p. 6), o controle judicial de constitucionalidade foi introduzido no país na Constituição de 1891, baseado no modelo americano de controle difuso de constitucionalidade. Somente novembro de 1965, por Emenda à Constituição de 1946, introduziu-se o controle concentrado no ordenamento jurídico e, desde então o Brasil adota tanto o controle difuso/concreto de constitucionalidade, quanto o controle concentrado/abstrato. Ou seja, a questão constitucional pode ser suscitada para a resolução de um caso específico, controle este que é feito de forma difusa, na medida em que todo juiz e/ou tribunal têm competência para declarar uma lei ou ato normativo inconstitucional ou, ainda, por meio de ação direta, na qual a questão constitucional é não só a causa de pedir como também o pedido da demanda, sendo que a análise da constitucionalidade do ato normativo deve ser feita pelo órgão de cúpula – STF quando o parâmetro é a Constituição Federal e Tribunais de Justiça dos estados quando os parâmetros são as Constituições estaduais.

Enquanto o controle concentrado tem, via de regra, efeitos *erga omnes* e vinculante ao próprio Poder Judiciário, ao Executivo e ao Legislativo em suas funções administrativas, o controle difuso se caracterizava por gerar efeitos subjetivos, restritos aos envolvidos na relação jurídico-processual posta em juízo. Em razão desta restrição dos efeitos no controle difuso, inseriu-se uma possibilidade de o Senado suspender no todo ou em parte uma lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso, de forma a garantir efeitos *erga omnes* a uma decisão que, a princípio, só produziria efeitos entre as partes litigantes.

Nesse sentido, são as lições de José Afonso da Silva:

A declaração de inconstitucionalidade na via indireta não anula a lei e nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade, nos termos do art. 52, X, a declaração na via direta tem efeito diverso, importa suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato, como veremos nas distinções feitas em seguida. (SILVA, 2014, p. 55)

Todavia, este instrumento de abstrativização do controle difuso, que visava precipuamente garantir que não houvesse prejuízo à separação de poderes, originário da Constituição de 1934 – a qual não possuía o controle concentrado de constitucionalidade –, acabou sendo pouco utilizado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, na medida em que tanto o STF quanto o Senado reconheceram a discricionariedade deste último órgão para edição da resolução suspensiva (MORAES, 2010, p. 727).

Assim, a partir da democratização do judiciário com uma profusão de demandas no referido órgão, começou-se a discutir a possibilidade de garantia de efeitos *erga omnes* a decisões que partem da análise de um caso concreto, na medida em que a discussão quanto a violação à separação de poderes teria sido parcialmente dirimida com a introdução do modelo de controle concentrado de constitucionalidade. Isso porque, com a introdução do referido modelo no ordenamento jurídico brasileiro, se dissolve, ainda que em parte, as restrições existentes no que se refere à separação de poderes.

Nesse sentido, impulsionada por Gilmar Mendes, a doutrina passa a questionar o motivo pelo qual uma decisão do pleno do STF que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo teria efeito *erga omnes* quando da análise de uma ação concreta e não o teria quando o julgamento se desse de forma incidental.

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuem, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente

numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida em controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. (MENDES, 2010, p. 1244)

Em 2006, no julgamento da Reclamação nº 4.335, ao decidir questão sobre a vedação à progressão de regime e a necessidade de individualização da pena, o Ministro Gilmar Mendes conferiu efeitos *erga omnes* à decisão que declarou a inconstitucionalidade da imposição de regime de pena integralmente fechado. O Ministro sustentou, em síntese, que a manutenção da resolução do Senado – para concessão de efeitos para todos a decisão feita em controle difuso – teria uma índole exclusivamente histórica, tendo havido uma mutação constitucional³, na medida em que houve uma ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, operando-se uma mudança de paradigma quanto à competência do Supremo para declaração de inconstitucionalidade de lei. O Ministro destacou, ainda, que interpretação diversa seria incompatível com a teoria de nulidade de atos normativos inconstitucionais adotada no país, uma vez que o ato de suspensão do Senado somente se destinaria a garantir publicidade à declaração de inconstitucionalidade, sendo que a atribuição de funções substantivas acabaria por negar o fato de que uma lei inconstitucional era *ipso jure* nula.

Posteriormente, com a submissão da questão ao plenário, embora tenha se concluído pela inconstitucionalidade da norma impugnada, não foi fixada tese quanto a possibilidade de garantia de efeitos *erga omnes* a

³ Mutação constitucional é o fenômeno, derivado do poder constituinte difuso, que implica na mudança informal de mudança das constituições, atribuindo-se novos sentidos aos seus preceitos e significados e conteúdos antes não contemplados. (BULOS, 2012, p. 425)

decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, em razão da superveniência de súmula vinculante sobre o tema. Neste sentido, ficou redigida a ementa do precedente:

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. (BRASIL, 2014a)

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 tal discussão ganhou ainda mais relevo, em virtude da vinculação de precedentes implementada pelo artigo 927 do diploma processual. Tal fato se deu porque, com o mencionado dispositivo, as decisões proferidas pelo plenário dos tribunais ou pelas cortes especiais – o que abrange a declaração incidental de inconstitucionalidade de normas – passam a vincular os demais magistrados do respectivo tribunal. E, com o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nos Tribunais, disciplinado pelos artigos 948 a 950 do CPC/15, há uma aproximação muito grande entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, no qual a análise se restringe à lei em abstrato, desvinculada de um caso concreto.

Em 2017, a partir do julgamento das ADI's 3.470/RJ e 3.306/RJ, e já sob a vigência do atual Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento paradigmático, entendeu que o artigo 52, X da Constituição teria sofrido uma mutação constitucional, de forma que a Corte poderia reconhecer eficácia *erga omnes* a uma decisão proferida em controle concreto/difuso de constitucionalidade, cabendo ao Senado optar por dar ou não publicidade à referida decisão.

Tal decisão se deu durante os debates para julgamento das ADI's propostas em face da Lei estadual nº 3.579/2001, do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a substituição progressiva dos produtos que contêm amianto crisotila. O STF, ao analisar as ações diretas, entendeu que a Lei estadual seria constitucional e declarou, de forma incidental, a inconstitucionalidade do

artigo 2^a da Lei federal 9.055/1995, que havia proibido o uso do amianto em todo o Brasil. Na ocasião, entendeu o Supremo que deveria ser atribuído efeito vinculante e *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade da Lei federal nº 9.055/1995, embora se tratasse de reconhecimento incidental da inconstitucionalidade⁴.

Nesse sentido, esclarece Bernardo Gonçalves Fernandes sobre o julgado:

Portanto, pelo posicionamento do plenário ao que parece (pendente ainda de publicação do acórdão) estaríamos diante da tese da *mudança constitucional* no art. 52, X, da CR/88. Assim sendo, o art. 52, X, da CR/88 teria sofrido uma *mudança constitucional* e, portanto, deve ser reinterpretado (embora seu texto continue o mesmo). Dessa forma, o papel do Senado, com base nas ADIs 3406 e 3470, seria apenas o de dar publicidade à decisão. Em outras palavras, a decisão do STF, mesmo em controle difuso, já é dotada de efeitos *erga omnes* e o Senado apenas confere publicidade a isso. E nesse sentido, apesar do informativo não fazer nenhuma referência estaríamos diante da intitulada abstrativização do controle difuso (na medida em que o Plenário do STF decide a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso-concreto e essa decisão é dotada de dos mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e *vinculante*). (FERNANDES, 2018, 1564)

Assim, com o novo Código de Processo Civil e a fixação do referido entendimento no Supremo Tribunal Federal, tem-se uma aproximação entre os modelos de controle adotados no nosso ordenamento jurídico. Importante considerar que, embora a suscitação da questão constitucional de forma incidental, ao se aproximar do controle concentrado em razão dos efeitos vinculantes e *erga omnes*, seja fortemente criticada pela doutrina, o atual Código de Processo Civil se apropria de diversos meios inerente

⁴ Vide Informativo nº 886 do STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>

ao julgamento das ações diretas para garantir de maior legitimidade e racionalidade para as decisões judiciais proferidas em sede de controle difuso, consoante será analisado.

3. A INFLUÊNCIA DO SISTEMA DE PRECEDENTES NOS EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme classificava José Rogério Cruz e Tucci (WANBIER et al, 2012), o Direito brasileiro adotava um modelo misto no que tange à eficácia dos precedentes judiciais⁵, uma vez que possuía precedentes com eficácia meramente persuasiva, precedentes com eficácia vinculante e precedentes com relativa eficácia vinculante. Os precedentes com eficácia meramente persuasiva seriam os entendimentos jurisprudenciais que, embora possam auxiliar na resolução de casos concretos, não vinculariam a decisão do magistrado. Os precedentes com eficácia vinculante seriam as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, as decisões proferidas pelo referido tribunal no controle concentrado de constitucionalidade e as decisões proferidas no incidente de processos repetitivos. Já os precedentes de relativa eficácia vinculante seriam as súmulas dos incidentes de uniformização de jurisprudência.

Entretanto, houve no Brasil uma crescente mudança na legislação processual de forma a uniformizar os entendimentos jurisprudenciais, para que fosse garantida maior segurança jurídica e efetividade à prestação jurisdicional, vinculando, paulatinamente, as decisões dos magistrados aos entendimentos sedimentados pelos Tribunais.

Sob esta ótica, foi introduzido o chamado Sistema de Precedentes no atual diploma processual. Nesse sentido, preceitua o artigo 927 do Código de Processo Civil (2015):

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

⁵ Segundo o autor, precedente é uma regra que nasce para um caso específico que terá ou não o destino de se tornar a regra em uma série de casos análogos.

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

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

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

Ao tratar dos precedentes judiciais, o Código é claro quanto a obrigatoriedade, também entendida como vinculação, dos magistrados às teses fixadas em orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem submetidos. E, é nessa hipótese do artigo 927 que melhor se encaixa a vinculação de precedentes no que se refere às decisões proferidas pelos tribunais em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Isso porque, o controle difuso de constitucionalidade no âmbito dos tribunais se submete à chamada cláusula de reserva de plenário, também conhecida como *full bench*, prevista no artigo 97⁶ da Constituição Federal. Assim, sob a ótica do atual Código de Processo Civil, as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade realizado pelo Pleno ou pelo Órgão Especial, ainda que de forma concreta/difusa, irão vincular todos os magistrados do respectivo Tribunal.

É de se considerar que embora a solução da questão constitucional em primeira instância se dê amparada nas nuances do caso concreto, tal parâmetro não é plenamente observado quando a questão é submetida a apreciação do Tribunal. Sob este aspecto, em razão da cláusula de reserva de plenário, quando o órgão fracionário do Tribunal entende haver inconstitucionalidade no caso concreto, ele remete os autos ao pleno ou ao órgão especial por este constituído – a depender do regimento interno do

⁶ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

tribunal –, que irá analisar a questão constitucional não sob o âmbito do caso concreto, mas considerando toda a sua abrangência. E, somente após esta decisão, os autos serão novamente remetidos para julgamento do caso concreto pelo órgão fracionário, que ficará vinculado à tese adotada acerca da constitucionalidade apreciada pelo plenário ou órgão especial.

Nesse sentido, esclarece Fredie Didier sobre o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade:

Embora esse incidente seja um instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei é feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou da ADC). A decisão sobre a constitucionalidade da lei é precedente obrigatório; essa “decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão”. Essa decisão tem eficácia vinculativa para o tribunal e para os juízos a ele vinculados (art. 927, V, CPC).

O incidente de arguição de inconstitucionalidade é, assim, um procedimento de formação concentrada de precedente obrigatório, além de ser instrumento de concretização da regra constitucional do *full bench*. (JUNIOR, 2016, p. 675)

Inclusive, para que sejam observados os precedentes obrigatórios no âmbito dos Tribunais, o atual Código de Processo Civil (2015), prevê a possibilidade de ajuizamento de reclamação para garantia da autoridade das decisões do tribunal, consoante prescreve o artigo 988, II, do Código de Processo Civil.

Dessa forma, ainda que o Supremo Tribunal Federal modifique seu entendimento quanto a possibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle concreto/difuso de constitucionalidade – o que é improvável ante ao atual protagonismo do judiciário –, mantém-se a necessidade de os juízes de primeira instância

observarem as decisões proferidas pelos tribunais a que se vinculam. E sob este aspecto, o controle difuso de constitucionalidade, que, no Brasil, tinha como fundamento a análise de um caso concreto, toma contornos de um controle em abstrato, principalmente considerando que, pelos menos desde a reforma promovida pela Lei 9.868/1999⁷ no Código de Processo Civil de 1973, desvinculou-se a questão constitucional da análise do caso concreto quando do julgamento pelos Tribunais.

Não se nega aqui as inúmeras críticas feitas ao Sistema de Precedentes e à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, muitas delas plausíveis, todavia, em razão das remotas chances de mudança do atual paradigma, é necessário o conhecimento de técnicas que garantam maior solidez aos precedentes judiciais, sobretudo quando a análise diz respeito a questões constitucionais.

Consoante salientam André Frederico Horta e Dierle Nunes (2015), a implementação do Sistema de Precedentes está muito atrelada à busca por celeridade e estabilidade, muitas vezes afastada da noção qualitativa do precedente. Sobre este aspecto, lecionam os autores:

Ao contrário do que se passa no *common law*, a utilização, no Brasil, dos precedentes e, em maior medida, do direito jurisprudencial na aplicação do direito é fruto de um discurso de matriz neoliberal, que privilegiava a sumarização da cognição, a padronização decisória superficial e uma justiça de números (eficiência tão somente quantitativa), configurando um quadro de aplicação equivocada (fora do paradigma constitucional) desse mesmo direito jurisprudencial que dá origem ao que se pode chamar de *hiperintegração do direito*. (HORTA; NUNES, 2015, p. 16)

Assim, considerando a vinculação obrigatória dos precedentes firmados quando do julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, faz-se necessária a análise dos métodos trazidos

⁷ A Lei 9.868/99 disciplina o controle concentrado de constitucionalidade por meio da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

pelo atual Código de Processo Civil, aproximando a noção de precedentes àquela evidenciada nos sistemas de *common law*, de forma a privilegiar não só celeridade e segurança jurídica como, também, a busca legitimidade decisória e democracia nas decisões de questões constitucionais, ampliando o aspecto qualitativo de tais precedentes vinculantes.

4. MÉTODOS DE GARANTIA DE MAIOR LEGITIMIDADE AOS PRECEDENTES FIXADOS EM SEDE DE CONTROLE CONCRETO

Com a crescente transformação do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade em um processo objetivo, em que a constitucionalidade arguida de maneira incidental é desvinculada do caso concreto, bem como em função da vinculação obrigatória dos precedentes fixados no julgamento de tal incidente, o Código de Processo Civil (2015) traz alguns institutos já utilizados no controle concreto de constitucionalidade, na busca por garantir mais legitimidade e estabilidade às decisões dos tribunais.

Para instauração do incidente, entende a doutrina que a questão pode ser suscitada por qualquer das partes, pelo Ministério Público nos processos em que figure como fiscal da ordem jurídica e, ainda, de ofício pelo magistrado. Ademais, não há preclusão para a arguição de inconstitucionalidade, na medida em que se trata de matéria de ordem pública, conheável a qualquer tempo e grau de jurisdição⁸.

Consoante o que prescreve o 948 do CPC/15, suscitado o incidente no Tribunal, após a oitiva do Ministério Público, a questão é submetida ao órgão fracionário que irá decidir pela admissão ou não do incidente e, sendo a arguição acolhida, submeterá o incidente ao plenário ou órgão especial. Destaque-se que não será admitido o incidente quando se tratar de questão sobre a qual o plenário ou órgão especial do Tribunal

⁸ A única ressalva que se faz à suscitação da inconstitucionalidade em sede de recursos extraordinários se dá em razão da necessidade de pré-questionamento das matérias, na medida em que a interposição de recurso especial e extraordinário exige que toma a matéria recorrida tenha sido ventilada e decidida pelas instâncias inferiores (vide art. 102, III e 105, III da CF/88).

tenham decidido ou, ainda, quando houver pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Diante da admissão do Incidente, o Presidente do Tribunal determinará a remessa de cópia do acórdão a todos os juízes, para que tenham conhecimento sobre a questão à qual se vincularão, e designará a sessão de julgamento, conforme preceitua o artigo 950 do CPC. Com a designação do julgamento, as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato poderão se manifestar. Também poderão se manifestar todos os legitimados para propositura das ações diretas, elencados no artigo 103 da Constituição. E, considerando a relevância da matéria e representatividade dos postulantes, prevê ainda o dispositivo a possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades.

Quanto à manifestação de outros órgãos ou entidades, a doutrina vem destacando a possibilidade de realização de audiências públicas, bem como a oitiva do *amicus curiae*.

O *amicus curie* trata-se de pessoa que não possui interesse direto na lide por não ser titular do direito em discussão, mas possui interesse “institucional” nos processos em que manifesta, sendo um colaborador do judiciário, na medida em que traz a perspectiva da classe que representa, garantindo maior democracia ao julgamento de questões constitucionais complexas (CARDOSO, 2014). Esclarece o Ministro Celso de Mello quanto a figura do *amicus curie*:

A admissão de terceiro, na condição de ‘amicus curiae’, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. (BRASIL, 2013b)

Já as audiências públicas são um instrumento para apuração e elucidação de fatos no controle de constitucionalidade (CARDOSO, 2014), em que se busca a colheita de informações e dados que possibilitem a prolação de uma decisão mais completa, com a devida avaliação de questões técnicas e dos efeitos de eventual decisão para toda a sociedade.

Cumprido destacar, ainda, que em razão da relevância da questão, bem como dos efeitos vinculantes dela decorrentes, deve ser dada ampla publicidade aos precedentes firmados em sede de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade (artigo 927, §4º CPC/15).

Ademais, é importante ponderar que para aplicação dos precedentes fixados no Tribunal no julgamento de questões constitucionais, faz-se necessária a adoção de técnicas interpretativas de *distinguishing* e *overruling*⁹, de forma a confirmar ou superar determinado precedente. Nesse, sentido, salientam André Frederico Horta e Dierle Nunes (2015) quanto a necessidade de dimensionamento dessas técnicas para maior democratização do processo:

É no contexto de reanálise de técnicas de padronização decisória e com a finalidade de, a partir das premissas principiológicas do novo CPC e do modelo democrático de processo, fornecer subsídios para a reversão do quadro de hiperintegração do direito gerado pela aplicação das aludidas técnicas e para a correta aplicação do direito jurisprudencial como fonte normativa que se irá desenvolver o tema central do presente texto: a criação e dimensionamento de técnicas de distinção (o conhecido *distinguishing* do *common law*) no momento de aplicação do direito jurisprudencial ao caso concreto. (HORTA; NUNES, 2015, p. 07)

⁹ As técnicas de distinção e superação de precedentes, originárias do *common law*, partem do pressuposto que, para se decidir com base em um precedente, deve se avaliar a fundamentação que levou à conclusão jurídica adotada no precedente – *ratio decidendi* –, bem como a compatibilidade do precedente com o caso concreto analisado, além da sua atual adequação ao ordenamento jurídico e realidade político-social analisada. A distinção/*distinguishing* se verifica quando o precedente é inaplicável, ante as suas peculiaridades, ao caso posto em análise, enquanto a superação/*overruling* se vislumbra diante da incompatibilidade entre o precedente adotado e as atuais condições jurídicas, políticas e sociais evidenciadas pelo caso concreto.

Isso porque, na aplicação dos precedentes é preciso se indagar quando e em qual medida o precedente se aplica ao caso concreto, encontrando padrões de distinção e semelhança, bem como estabelecendo critérios capazes de infirmar sua superação. Ademais, é necessário que o precedente fixado sobre questões constitucionais seja analisado como um todo, não podendo sua aplicação se restringir à parte dispositiva da decisão, devendo ainda se adentrar na *ratio decidendi* do julgado, ou seja, nas fundamentações fáticas e jurídicas que chegaram à conclusão quanto a constitucionalidade ou não do texto normativo.

A abstrativização do controle difuso, amparada pelo atual Código de Processo Civil, torna imprescindível uma adequada formação e aplicação dos precedentes fixados pelos tribunais em sede de julgamento de Arguição de Controle de Constitucionalidade. Assim, além de uma formação democrática de tais precedentes, com a ampliação do debate constitucional para diferentes camadas da sociedade, faz-se necessária a sua aplicação amparada na fundamentação do precedente e não apenas sua parte dispositiva, sendo necessária a utilização de métodos que possibilitem a distinção e a avaliação quanto a superação do precedente utilizado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é uma realidade que vem sendo vivenciada de forma paulatina no Direito brasileiro, sendo que com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 o mencionado processo ganhou ainda mais relevo. Tal fato decorre da vinculação obrigatória dos precedentes fixados em sede de controle difuso de inconstitucionalidade pelo Pleno ou Órgão Especial dos Tribunais. Assim, em razão dessa objetivação do controle difuso/incidental de constitucionalidade, é necessária a adoção de métodos para garantia de uma formação mais democrática de tais precedentes. Ademais, é imprescindível a utilização de técnicas de distinção e superação quando da aplicação dos precedentes fixados pelos Tribunais em sede de controle difuso de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 245, p.351-378, jul. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335/AC. Relator: Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 mar. 2014a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5022. Relator: Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 out. 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4439679>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

COGO, Larissa Castilhos. Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade: Análise do Artigo 52, Inciso X da CF/88. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/larissa_cogo.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História Contextual do Controle de Constitucionalidade: Uma Crítica à Tradicional Narrativa Doutrinária

Brasileira. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/27469/21897>>. Acesso em: 25 de jun. 2018.

CARDOSO, Oscar Valente. Amicus Curiae e Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade Brasileiro. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/45521>>. Acesso em: 25 de jun. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo. **Curso de direito processual civil**: v. 3 meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador, BA: Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no novo CPC/2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/12353024/APLICA%C3%87%C3%83O_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_NO_CPC_2015>. Acesso em 07 jul. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas; 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 189, p. 09-52, nov. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Hector Cury. Políticas Públicas e Controle de Constitucionalidade: Aproximações entre a Ciência Jurídica e a Ciência Política. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/26110>>. Acesso em: 15 de jun. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

Lúcia Alvim Monteiro de Paula

Pós-Graduada em Direito Processual Civil e Argumentação Jurídica pela Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais.

Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Arnaldo.

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Advogada.