

O PRECEDENTE CONSTITUCIONAL CONTÉM MUITO MAIS DO QUE PODE SER EXPRESSO NUMA “TESE”

*THE CONSTITUTIONAL PRECEDENT CONTAINS MUCH MORE
THAN CAN BE EXPRESSED IN A "THESIS"*

Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Vice-Presidente da *International Association of Procedural Law*.

RESUMO: Questiona a validade da tese, enquanto mera reunião de votos escritos. Critica o estabelecimento de tese insuficiente para retratar a *ratio decidendi* ou o fundamento determinante da solução. Assegura que a obtenção de precedentes exige a identificação das justificativas dos fundamentos utilizados para decidir, não importando o entendimento individual, mas as justificativas interpretativas. Aborda a “causa de pedir aberta” como garantia à Corte de decisão com base em qualquer fundamento contido no parâmetro de controle de constitucionalidade, ainda que não deduzido na petição inicial. Defende a necessidade de declarar se algum fundamento foi votado por maioria absoluta da Corte e se a lei foi declarada (in)constitucional por maioria absoluta de votos, ainda que a partir de fundamentos diversos. Traz à tona casos em que o recurso deduz inconstitucionalidade de mais de uma norma ou conduta, posto que a eficácia vinculante impede qualquer juiz ou órgão da administração pública de aplicar a (mesma) lei, sendo que o ainda mais eventual fundamento de inconstitucionalidade possui eficácia vinculante diante de lei (outras) de conteúdo similar que contenha a mesma questão constitucional. Demonstra que se a maioria absoluta da corte afirma o fundamento ou soluciona a questão constitucional, a eficácia vinculante não fica restrita à decisão de inconstitucionalidade, alcançando as razões ou fundamentos da decisão. Conclui que uma tese ou enunciado só adquire valor quando a Corte, ao institui-la, tem plena consciência de que está apenas a facilitar a compreensão do precedente; que a tese só pode ter sentido quando a Corte identifica o fundamento compartilhado pela maioria absoluta e sua justificativa; e só tem utilidade quando analisada ao lado da integralidade do precedente, constituindo apenas o indicativo do que nele está contido.

Palavras-chave: precedente constitucional; tese; *ratio decidendi*; fundamentação.

ABSTRACT: *Questions the validity of the thesis as a mere collection of written votes. It criticizes the establishment of a thesis that is insufficient to portray the ratio decidendi or the determining basis of the solution. It assures that obtaining precedents requires the identification of the justifications for the grounds used to decide, not mattering the individual understanding, but the interpretative justifications. It addresses the "open cause of action" as a guarantee to the Court of a decision based on any ground contained in the constitutionality control parameter, even if not deduced in the initial petition. It defends the need to declare whether any grounds were voted on by an absolute majority of the Court and whether the law was declared (in)constitutional by an absolute majority of votes, even if on different grounds. It brings up cases in which the appeal alleges the unconstitutionality of more than one rule or conduct, given that binding effect prevents any judge or public administration body from applying the (same) law, and the even more possible ground of unconstitutionality has binding effect in the face of (other) laws of similar content that contain the same constitutional issue. It shows that if an absolute majority of the court affirms the grounds or resolves the constitutional issue, the binding effect is not restricted to the decision of unconstitutionality, but reaches the reasons or grounds of the decision. It concludes that a*

thesis or statement only acquires value when the Court, in establishing it, is fully aware that it is only facilitating the understanding of the precedent; that the thesis can only have meaning when the Court identifies the grounds shared by the absolute majority and their justification; and it is only useful when analyzed alongside the entirety of the precedent, constituting only an indication of what is contained therein.

Keywords: constitutional precedent; thesis; *ratio decidendi*; reasoning.

Submetido em: 01/02/2024 - Aprovado em: 20/03/2024

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO; 2 A SOLUÇÃO FÁCIL DA “TESE” DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O PROBLEMA DA PORÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO QUE SE REVESTE DE EFICÁCIA VINCULANTE; 3 DECIDIR OS FUNDAMENTOS EM SEPARADO OU CONTAR OS VOTOS QUE SUSTENTAM OS FUNDAMENTOS? ENTRE A DECISÃO DO RECURSO, A DECISÃO INCIDENTAL DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE E O FUNDAMENTO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE; 4 QUANDO O RECURSO AFIRMA A INCONSTITUCIONALIDADE DE DUAS LEIS OU CONDUTAS DIFERENTES: AS DECISÕES PARADOXAIS; 5 A EFICÁCIA VINCULANTE QUE COBRE A DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DIANTE DA EFICÁCIA VINCULANTE QUE RECAI NO FUNDAMENTO DESTA DECISÃO: A QUESTÃO DA LEI COM CONTEÚDO SIMILAR; 6 PARA QUE PODE SERVIR O TRABALHO DE DELINEAR “TESE” NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO? REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

É conhecida a prática de estabelecer tese, ao final do julgamento do recurso extraordinário, para se tentar expressar a decisão tomada pela Corte. Como a interpretação constitucional, em vista da sua complexidade, é incompatível com a simples expressão de enunciados normativos, e a própria experiência empírica, também considerado o direito comparado, mostra o fracasso das Cortes que tentaram uniformizar a jurisprudência mediante máximas, não se supõe que tal prática constitua o reflexo de uma pretensão de substituir a teorização sobre os precedentes por um resumo de poucas linhas a respeito do que o Supremo Tribunal Federal decidiu.

O presente artigo pretende evidenciar que o precedente contém muito mais do que um enunciado ou uma tese possui condições de significar. Diante da evolução da função do Supremo Tribunal Federal, atualmente importam os motivos ou as razões utilizadas para decidir. Enxergar a decisão num agrupamento de votos individuais escritos impede a compreensão das posições dos julgadores que compartilham de um mesmo entendimento e, portanto, a identificação da *ratio decidendi*. O julgamento deve proporcionar tantas justificativas quantas são as posições dos Juízes, já que o importante, numa Corte

Constitucional, são as justificativas interpretativas e não os votos ou o entendimento de cada um dos membros do colegiado.

Identificar os fundamentos com que se decide nem sempre é algo fácil. Se não se mostra conveniente decidir em separado os fundamentos da decisão de constitucionalidade, é necessário que todos sejam devidamente discutidos para se ter claro como a questão incidental de constitucionalidade foi decidida e, ainda, se algum fundamento que lhe sustentou foi amparado por maioria absoluta. Decidir em separado é essencial apenas quando o julgamento do recurso extraordinário exige a análise e a decisão sobre mais de uma conduta ou norma (autônoma) cuja constitucionalidade é posta em dúvida.

Porém, se em face do recurso extraordinário se decide sobre a validade da lei mediante determinado fundamento, não há como deixar de identificar quantos julgadores compartilharam da decisão e do fundamento que lhe amparou. Isso assume relevo quando se percebe que a eficácia vinculante pode recair não apenas sobre a decisão incidental de constitucionalidade, mas também sobre o seu fundamento, impedindo não só a aplicação da lei declarada inconstitucional, mas também vinculando a decisão a respeito de lei com conteúdo similar ou a solução de questão constitucional que exigir o emprego da mesma *ratio decidendi* ou interpretação constitucional.

Diante de tudo isso, ao final será reservado breve espaço para se dar utilidade à ideia de “tese”, reconhecendo-se a sua relação com o precedente constitucional.

2 A SOLUÇÃO FÁCIL DA “TESE” DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O PROBLEMA DA PORÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO QUE SE REVESTE DE EFICÁCIA VINCULANTE

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao fim do julgamento do recurso extraordinário, costuma fixar uma tese, equivalente ao que seria o significado do que se sustenta para se decidir o recurso. Essa tese nada mais é do que um enunciado que, a princípio, descreve as razões que teriam levado à decisão.

É certo que essa tese, apenas por si, jamais seria suficiente para retratar a *ratio decidendi* ou o fundamento determinante da solução do recurso. Pensá-la como bastante é recair no erro das Cortes de *civil law* que um dia imaginaram que poderiam garantir a uniformidade da interpretação mediante a edição de máximas ou de súmulas, de que são exemplos conhecidos a Corte de cassação italiana (máximas) e o Supremo Tribunal Federal brasileiro (súmulas).

A tese é um resumo que tenta descrever as razões de decidir do recurso. Tenta mas não consegue, simplesmente porque não se vale de qualquer critério que permita a identificação racional do que realmente foi sustentado pelos julgadores. Aliás, esse é o ponto que efetivamente interessa quando se está diante da indagação a respeito da porção da fundamentação que possui eficácia vinculante.

Afinal, como e porque uma tese poderia espelhar as razões utilizadas por todos os Ministros que decidiram? Há algum mecanismo ou critério que permita identificar que o conteúdo da tese foi sustentado por todos os Ministros? Algo é capaz de indicar ao menos quantos Ministros sustentaram o conteúdo descrito na tese? Enfim, há algum critério racional que permita extrair da fundamentação dos votos de todos os Ministros o fundamento determinante da decisão ou a essência das razões que efetivamente importaram para decidir? Certamente não. Há, bem vistas as coisas, apenas a iniciativa de alguns Ministros de falar em nome de todos, afirmando o que teria sido decidido pela Corte.

Porém, um julgador não apenas não tem condições, como jamais terá legitimidade para sozinho declarar a voz da Corte ou a essência da sua decisão. A decisão da Corte deve ser, simbolicamente, proclamada pelo Presidente a partir da identificação dos Ministros que sustentaram as mesmas razões, ou seja, o mesmo fundamento que determinou o resultado. É possível que todos os Ministros da Corte tenham concordado com o mesmo fundamento, mas é comum que, dentro das posições majoritária e divergente, estejam inseridas posições que sustentaram fundamentos diferentes, tanto para prover quanto para improver o recurso.

Isso quer dizer que, para se estabelecer as razões de uma decisão, é antes de tudo imprescindível identificar, em plenário, como os julgadores votaram. É indispensável, em outras palavras, não somente proclamar o resultado do recurso, ou seja, se o recurso foi provido por unanimidade ou por X contra Y votos. Isso era bastante para as velhas Cortes supremas, que exerciam mera função de correção das decisões dos tribunais. Para as Cortes que se preocupam em desenvolver o direito mediante a fixação de precedentes, o resultado do recurso não tem grande importância. O resultado, como chega a ser intuitivo, tem importância para as partes, não obstante ainda seja a única coisa proclamada em várias Cortes Supremas dos dias presentes, obviamente que por conta de um modo de ver o julgamento com os olhos da tradição do *civil law*.

O motivo da identificação dos Ministros que sustentaram esse ou aquele fundamento, e, assim, da proclamação das posições que se formaram no julgamento – as quais podem ser unânime, majoritária, minoritária e concorrente – é o de viabilizar justificativas específicas para cada uma delas. Evita-se, dessa forma, o mero agrupamento de votos individuais

escritos, herança das cortes de correção ou, mais precisamente, do modelo de votação seriático (HOCHSCHILD, 2000; MARINONI, 2017), em que cada julgador profere o seu voto sem qualquer preocupação em falar para os seus pares ou com eles dialogar, nem muito menos em coparticipar da formação do entendimento ou da opinião unânime ou fragmentada da Corte, ainda que dissidente.

Não há dúvida que a grande dificuldade na identificação do precedente constitucional, na atualidade, deriva exatamente da circunstância de o acórdão consistir numa mera reunião de votos escritos. Agrupar votos escritos tinha alguma utilidade quando importava apenas contá-los para identificar o resultado do recurso. Essa forma de conferir conteúdo ao acórdão, entretanto, não apenas é completamente incompatível com uma Corte suprema contemporânea, como apenas traz dificuldades desnecessárias para a identificação da *ratio decidendi* e, assim, para a clara configuração do precedente constitucional.

Votos escritos, alguns favoráveis ao provimento e outros ao não provimento do recurso, além de não permitirem a identificação precisa dos fundamentos utilizados pela maioria e pela minoria, obscurecem a identidade dos fundamentos utilizados pelos julgadores. Na realidade, dar a cada Juiz oportunidade para proferir um voto escrito é clara recepção da antiga visão individualista e narcísica da formação do entendimento do órgão colegiado, quando a voz ou o entendimento do tribunal importava muito menos do que a pretensão de o julgador se posicionar individualmente, como se fosse uma peça autônoma de um mecanismo de produção de decisões em série.

Essa falta de compromisso institucional, no entanto, é contraditória com a função de uma Corte preocupada em desenvolver o direito constitucional mediante a elaboração de precedentes. *Para se ter precedentes há que se ter justificativas o quanto mais precisas dos fundamentos utilizados para decidir, pouco importando as justificativas individuais.* Aliás, isso deveria ser evidente aos olhos de todos. Para que servem seis votos escritos quando se tem um único fundamento compartilhado por seis Ministros? Para pouco mais do que nada. As justificativas têm a ver com os fundamentos e não com quem vota. Afinal, não se quer justificativas de votos ou entendimentos pessoais, mas justificativas que expressem os fundamentos adotados pelas posições que se formaram no julgamento do caso constitucional.

Quando as justificativas recaem sobre posições plurais há que se ter, como é evidente, um redator em nome de um grupo. Aí vale adotar a técnica da prioridade para redigir a quem votou em primeiro lugar ou mesmo deixar que a definição do redator seja feita de comum acordo. Entretanto, a justificativa, uma vez elaborada, por obviedade não pode

deixar de ser conferida e autorizada por cada um dos Ministros que, a princípio, compartilhou do fundamento objeto da justificativa.

Note-se que, se a justificativa recai sobre um fundamento compartilhado por seis Ministros – ou pela maioria absoluta da Corte – há *ratio decidendi* ou fundamento determinante. Não existirá *ratio* apenas na hipótese, quase que cerebrina, de justificação de um fundamento, adotado por seis ministros, que não seja determinante da decisão do recurso, ou melhor, que seja *obiter dictum*.

Contudo, a partir da constatação de que a *ratio decidendi* é a porção da fundamentação que determina o resultado ou a solução do recurso, torna-se necessário ainda saber o que pode se inserir ou estar incluído nesta fundamentação determinante. Isso exige particular atenção quando se está diante do controle de constitucionalidade.

Tenha-se em mente a discussão em torno do que denominou de “causa de pedir aberta” da ação direta de inconstitucionalidade. A ideia de causa de pedir aberta se associa à necessidade de garantir à Corte decidir com base em qualquer fundamento contido no parâmetro de controle de constitucionalidade da lei. O Supremo Tribunal Federal, aceitando a noção de “causa de pedir aberta”, tem estabelecido limites ao conceito. Na ADI 2.182, proposta em face da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), cuja petição inicial apontava exclusivamente um vício formal, a Corte discutiu se poderia, com base no conceito de “causa de pedir aberta”, analisar a constitucionalidade material da lei impugnada. Ao decidir questão de ordem levantada pelo relator, Ministro Marco Aurélio, a Corte entendeu que não poderia analisar eventual inconstitucionalidade material sem essa ter sido alegada na petição inicial. Além dos obstáculos práticos apontados pelo relator, foi lembrado que, de outra forma, além de ser prejudicada a defesa da lei, poderia surgir até mesmo uma espécie de “ditadura da Corte Constitucional” (BRASIL, 2010).

Portanto, tratando-se de ação direta em que se invoca inconstitucionalidade material, qualquer fundamento, ainda que não deduzido na petição inicial, pode ser utilizado pela Corte para o reconhecimento da inconstitucionalidade. Assim, transportando-se a questão da possibilidade de decidir pela inconstitucionalidade com base em qualquer fundamento ao controle difuso, não há como imaginar que a Corte possa estar presa ao que foi deduzido no recurso extraordinário, não podendo decidir com base em fundamento não expressamente vinculado por meio do recurso. O que deve a Corte fazer, nessa situação, é apenas dar às partes e eventuais *amici* oportunidade de discutir.

Isso quer dizer que a lei pode ser reconhecida como (in)constitucional e o recurso extraordinário pode ser decidido com base em fundamento não deduzido na petição recursal,

ou melhor, que a Corte pode decidir sobre a constitucionalidade da lei, assim como sobre a pretensão do recorrente, com base em qualquer fundamento capaz de sustentar a (in)constitucionalidade.

Não há como deixar de perceber, no entanto, que poder decidir com base em qualquer fundamento gera uma grave dificuldade quando deixa de interessar apenas o resultado ou a parte dispositiva da decisão do recurso, assim como a coisa julgada *inter partes*. Quando os olhos passam a estar na fundamentação utilizada para a decisão, bem como na eficácia vinculante, *importa saber se algum fundamento foi compartilhado pela maioria absoluta da Corte e se a lei foi declarada (in)constitucional por maioria absoluta de votos, ainda que a partir de fundamentos diversos*.

Recorde-se que a inconstitucionalidade da lei é reconhecida incidentalmente no julgamento do recurso extraordinário, ou seja, a lei é declarada inconstitucional mediante decisão incidental de questão. Além disso, saber se a decisão incidental que reconhece a inconstitucionalidade é gravada pela eficácia vinculante depende de a decisão ter sido compartilhada pela maioria absoluta dos membros da Corte, nos termos do art. 23 da Lei 9.868/99.

A decisão de inconstitucionalidade pode se fundar em duas ou mais posições que sustentam fundamentos distintos. Para que a decisão incidental de inconstitucionalidade de lei tenha eficácia vinculante é possível somar fundamentos diferentes, ou seja, votos que firmaram fundamentos distintos para a decisão de inconstitucionalidade, desde que se chegue a seis votos.

No entanto, isso não quer dizer que, eventualmente, ao lado da decisão de inconstitucionalidade firmada por maioria absoluta, não possa existir um único fundamento também compartilhado pela maioria absoluta. Nessa última hipótese há mais do que uma lei declarada inconstitucional. Há uma interpretação constitucional dotada de eficácia vinculante, que, assim, também deve ser respeitada por todos os juízes e pela administração pública. Como a eficácia vinculante de uma interpretação pode impor a inconstitucionalidade de outras leis – com a mesma substância –, não há como negar ainda maior atenção à fundamentação apresentada quando do julgamento do recurso extraordinário, *distinguindo-se a porção da fundamentação relativa à decisão da lei daquela que pertine ao fundamento utilizado para decidir sobre a lei*.

3 DECIDIR OS FUNDAMENTOS EM SEPARADO OU CONTAR OS VOTOS QUE SUSTENTAM OS FUNDAMENTOS? ENTRE A DECISÃO DO RECURSO, A DECISÃO INCIDENTAL DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE E O FUNDAMENTO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Há uma questão que tem preocupado muito as Cortes e a doutrina estadunidenses. Ela é denominada de “decisão plural”. Fala-se em decisão plural quando a decisão (o resultado a que chega a Corte) se baseia em mais de um fundamento. Nesse caso, a decisão majoritária é ancorada em mais de um fundamento, nenhum deles, obviamente, firmado pela maioria da Suprema Corte, ou seja, por cinco votos.

Tendo em vista que a essência do entendimento que prevalece na Suprema Corte dos Estados Unidos está no fundamento utilizado para decidir, torna-se muito difícil, ou impossível, às cortes inferiores extrair uma *ratio decidendi*, configurando um real precedente com força obrigatória, quando a decisão majoritária contém mais de um fundamento.

Foram eleitos vários critérios voltados à identificação da *ratio decidendi* nas decisões plurais, como o do *narrowest ground*, tendo todos se mostrado insatisfatórios (NOVAK, 1980, p. 761; HOCHSCHILD, 2000, p. 279 e ss). Essa dificuldade, aliada à obsessão de se encontrar precedente em toda e qualquer decisão da Suprema Corte, fez com que se pensasse que o problema poderia estar na *técnica de decisão*, chegando-se a propor, para evitar a formação de decisões plurais, a decisão em separado dos fundamentos. Afinal, quando cada fundamento deve ser decidido em separado, deixa-se de correr o risco de uma decisão que, considerando ao mesmo tempo todos os fundamentos, possa deixar inconclusa a definição a respeito de como a Corte os entende.

O problema é que não se anteviu que essa estratégia, com pretensão à uniformidade, ou melhor, com intenção de servir a todas as situações de direito substancial, poderia ser altamente irracional em alguns casos, especialmente naqueles envolvendo uma lei impugnada como inconstitucional. Igualmente não se percebeu que a votação em separado dos fundamentos pode ter significados diferentes para as partes do caso e para a função de desenvolvimento do direito mediante precedentes.

Quando se almeja apenas formar precedentes precisos, sem qualquer preocupação com a justiça do caso concreto, a princípio é melhor decidir os fundamentos em separado, pois dessa maneira se delimita, sem sombra de dúvida, o que pensa a Corte. Acontece que a Corte não é uma máquina de produzir decisões, despreocupada em realizar justiça no caso que lhe é levado a decisão. Ainda que o caso tenha, para a Corte, um propósito que vai além, o de

permitir-lhe desenvolver e aperfeiçoar o direito para todos, não há como aceitar que ela possa mal decidir para as partes apenas para formar bons precedentes.

Parece claro que, ao se exigir votação em separado de cada fundamento, torna-se mais difícil prover o recurso. O provimento só ocorrerá se um fundamento for reconhecido pela maioria, eliminando-se esta possibilidade quando um fundamento for acolhido por alguns e outro ou outros por alguns mais.

Perceba-se que isso tem valor significativo quando se tem em mente uma lei ou conduta impugnadas como inconstitucionais. Restringir o provimento ao reconhecimento, mediante votação em separado, de um dos fundamentos capazes de evidenciar a inconstitucionalidade, além de dificultar claramente a proteção do recorrente, nega a posição do próprio Supremo Tribunal Federal, consolidada no controle abstrato, que admite declarar a inconstitucionalidade com suporte em qualquer fundamento ou com base na soma de fundamentos diferentes, desfavorecendo, enfim, a tutela judicial contra a inconstitucionalidade.

Isso significa que, a princípio, não há motivo para *decidir* os fundamentos em separado. Os fundamentos devem ser *discutidos* em separado, em nome da racionalidade e efetividade da deliberação, *o que é algo completamente diferente*. No entanto, quando os fundamentos deixam de ser decididos em separado e passam a ser livremente invocados pelos Ministros, ainda obviamente importa saber em que medida foram eles acolhidos pelos membros da Corte. Ou seja, é necessário verificar quantos julgadores acolheram um fundamento ou como os fundamentos foram votados, ainda que cada um dos fundamentos não tenha sido votado em separado.

Identificar como os fundamentos foram votados, não obstante os votos possam recair em qualquer fundamento, importa para delinear se, no interior da votação dos membros da Corte, formou-se maioria em torno de determinado fundamento. Isso é imprescindível ao se ter clara a necessidade de delinear o fundamento que a Corte utilizou para decidir.

Quando se analisa uma lei impugnada como inconstitucional, definir a existência de um fundamento, compartilhado pela maioria absoluta, para o reconhecimento da inconstitucionalidade, *importa para demonstrar que a Corte possui entendimento que também vincula diante de caso similar ou de outra lei que contenha em si a mesma questão constitucional*.

Note-se que, ao se permitir que o recurso seja decidido com base em qualquer fundamento que possa evidenciar a inconstitucionalidade da lei, também se viabiliza a prolação de decisão incidental com suporte em qualquer fundamento, sem se excluir a

possibilidade de identificação, entre os fundamentos utilizados para decidir, de um que tenha sido compartilhado pela maioria absoluta.

Se a *decisão do recurso* vale apenas para as partes, a eventual *decisão incidental de inconstitucionalidade*, mesmo que resultante de vários fundamentos, tem eficácia vinculante para impedir qualquer juiz ou órgão da administração pública de aplicar a (mesma) lei, sendo que o ainda mais eventual *fundamento de inconstitucionalidade* possui eficácia vinculante para obrigar diante de lei que, embora diferente, possua conteúdo similar ou tenha em si a mesma questão constitucional. Sublinhe-se que, enquanto o *recurso* certamente pode ser decidido por maioria simples, a *decisão incidental* de inconstitucionalidade e o *fundamento* de inconstitucionalidade apenas adquirem eficácia vinculante quando resultantes de maioria absoluta.

4 QUANDO O RECURSO AFIRMA A INCONSTITUCIONALIDADE DE DUAS LEIS OU CONDUTAS DIFERENTES: AS DECISÕES PARADOXAIS

Há um senão quando o recurso extraordinário traz ao conhecimento da Corte a impugnação de normas distintas, que revelam questões constitucionais inconfundíveis. Nesse caso, ao se pensar na possibilidade de decidir o recurso com base na discussão de qualquer uma das normas, *abre-se oportunidade para decisões paradoxais, ou seja, para decisões que afirmam o provimento do recurso negando o próprio fundamento para tanto*.

Em todo e qualquer caso em que uma decisão colegiada, a partir da impugnação de duas ou mais normas desvinculadas, dá provimento a um recurso a partir de votos que se baseiam na inconstitucionalidade de qualquer uma delas, pode haver provimento sem que nenhuma norma tenha sido reconhecida como inconstitucional sequer por maioria simples.

O mesmo se passa quando o recurso alega a inconstitucionalidade de duas condutas autônomas e distintas. Caso o recurso possa ser provido com base na inconstitucionalidade tanto de uma quanto de outra conduta, sempre será possível chegar numa decisão paradoxal ou racionalmente incompreensível, na medida em que a maioria, nesses casos, também poderá negar a inconstitucionalidade de cada uma das condutas.

Diante de um recurso que afirma a inconstitucionalidade de mais de uma norma ou conduta, admitindo-se que os membros da Corte podem lhe dar provimento com base no reconhecimento da inconstitucionalidade de qualquer uma das normas ou condutas, será possível prover o recurso, por exemplo, por sete votos a quatro, sem que nenhuma conduta ou norma tenha sido admitida como inconstitucional pela maioria. Ora, se, entre os sete votos, quatro reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma e três de outra, obviamente

há sete e oitos votos que, do outro lado, estão a admitir a constitucionalidade. Ou mais claramente: *embora o recurso esteja sendo falsa e equivocadamente provido por sete votos a quatro, uma norma ou conduta estará sendo reconhecida como constitucional por oito votos contra três e outra por sete votos contra quatro.*

Portanto, não reclamar a técnica da decisão em separado, quando mais de uma norma ou conduta é arguida como inconstitucional no recurso extraordinário, é desconsiderar o escopo do controle de constitucionalidade e a função da Corte de afirmação e desenvolvimento da Constituição.

Quando o recurso deduz a inconstitucionalidade de mais de uma norma ou conduta, não basta *discutir* em separado para *decidir* com base na inconstitucionalidade de uma ou outra norma ou conduta. É preciso, isso sim, *decidir* em separado *para evitar decisões paradoxais*.

Deixe-se claro que a necessidade de decidir em separado nada tem a ver com a pretensão a um único fundamento determinante da inconstitucionalidade, mas diz respeito à própria indispensabilidade de se poder decidir adequadamente (na forma incidental) sobre cada uma das normas ou condutas ditas inconstitucionais para se chegar numa decisão racional ao recurso.

5 A EFICÁCIA VINCULANTE QUE COBRE A DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DIANTE DA EFICÁCIA VINCULANTE QUE RECAI NO FUNDAMENTO DESTA DECISÃO: A QUESTÃO DA LEI COM CONTEÚDO SIMILAR

Importa retornar ao que ocorre quando uma única lei é impugnada como inconstitucional a partir de fundamentos diversos. Nesses casos, como já demonstrado, a decisão (incidental) sobre a constitucionalidade da lei pode se ancorar em votos com fundamentos distintos, mas importa verificar se, entre os fundamentos utilizados para decidir, algum pode se revestir de eficácia vinculante, capaz de obrigar diante de caso semelhante ou de lei com conteúdo similar.

A preocupação, nessa dimensão, recai sempre sobre a eficácia vinculante, embora essa eficácia, evidentemente, possa dizer respeito à decisão incidental sobre a lei, assim como ao fundamento com base no qual ela foi alcançada. No primeiro caso, a eficácia vinculante obriga sempre que a mesma lei esteja em questão. No segundo, a eficácia vinculante pode atingir casos em que leis diferentes, mas com conteúdos semelhantes, tenham sido impugnadas.

É certo que a decisão incidental sobre a constitucionalidade, simplesmente por constituir uma decisão sobre questão, produz coisa julgada. Essa coisa julgada, além de ser *inter partes*, *a princípio* pode beneficiar qualquer terceiro diante do vencido, nos termos dos artigos 503 e 506 do Código de Processo Civil. No entanto, o fato de uma decisão produzir coisa julgada que vai além das partes, não elimina a necessidade da eficácia vinculante. Na verdade, a coisa julgada sobre questão em benefício de terceiros, além de obviamente não se confundir com a eficácia vinculante, não gera os mesmos benefícios da última.

Entre a eficácia da coisa julgada sobre questão em benefício de terceiros e a eficácia vinculante que recai sobre a fundamentação que contém a decisão sobre a questão, varia a extensão subjetiva. A coisa julgada sobre questão só aproveita aqueles que podem se valer da decisão em face da parte que foi vencida, ao passo que a eficácia vinculante pode ser invocada por qualquer pessoa que tenha que discutir sobre a lei, em face de quem quer que seja. Afinal, a eficácia vinculante, além de aproveitar a todos, impõe-se diante de qualquer um, pouco importando quem discutiu e foi vencido no processo em que o precedente foi firmado.

A princípio seria possível simplesmente dizer que a decisão incidental sobre a constitucionalidade da lei, por estar contida na fundamentação que determina a decisão do recurso, possui eficácia vinculante quando é resultante da maioria absoluta. O problema é que isso obscureceria a diferença entre decisão incidental de (in)constitucionalidade e fundamento que determina a decisão de (in)constitucionalidade, eliminando os diferentes resultados e benefícios de cada um deles.

Uma lei é declarada inconstitucional mediante decisão final no controle abstrato ou por meio de decisão incidental no controle difuso. A decisão incidental também possui eficácia vinculante, obrigando todos os juízes e a administração pública. Porém, a decisão incidental, assim como a decisão na ação direta, trata de uma determinada lei. Por consequência da decisão, a lei específica certamente não pode mais ser aplicada.

Sucede que, em alguns casos, leis com conteúdos praticamente idênticos são reiteradas em vários municípios e estados, trazendo a mesma questão constitucional. Mas a decisão que declara a inconstitucionalidade de lei do estado do Paraná, por exemplo, obviamente não pode impedir a aplicação de lei do estado de Santa Catarina, ainda que essa tenha a mesma finalidade e conteúdo da lei já reconhecida inconstitucional. Afinal, a decisão diz respeito a uma lei específica e a eficácia vinculante, como é evidente, só obriga em relação a ela.

No entanto, *em algo diferente se pensa quando se tem em consideração o fundamento com base no qual se declarou a constitucionalidade, resolvendo-se a questão constitucional*. Se a maioria absoluta da Corte afirma o fundamento ou soluciona a questão constitucional, *a eficácia vinculante não fica restrita à decisão de constitucionalidade, alcançando as razões ou o fundamento da decisão (final ou incidental) de inconstitucionalidade*. Nesse caso, há eficácia vinculante não apenas em face da decisão, mas também sobre o seu fundamento.

Quando isso ocorre, o fundamento utilizado para a declaração da inconstitucionalidade, revelando a interpretação da Corte ou o seu entendimento sobre a questão constitucional, assume valor autônomo, independente à lei declarada inconstitucional, e, assim, obriga os juízes e a administração diante de lei que contenha igual conteúdo ou retrate a mesma questão já resolvida.

Em outras palavras, a eficácia vinculante que recai sobre o fundamento da decisão de inconstitucionalidade obriga diante de outras leis, que exijam a resolução da mesma questão constitucional. Sublinhe-se que isso apenas ocorre quando o fundamento, utilizado para decidir, é subscrito pela maioria absoluta, o que obviamente nem sempre acontece. Ao contrário, a decisão de inconstitucionalidade, como já dito, pode se basear em fundamentos distintos, conforme, aliás, verifica-se na tradição do controle abstrato de constitucionalidade, espaço em que se firmou a ideia de causa de pedir aberta, a apontar não só à oportunidade de a Corte decidir com suporte em qualquer motivo para evidenciar a inconstitucionalidade, mas também para a possibilidade de cada julgador decidir com base no fundamento que entender adequado.

Assim, se a Corte, por maioria absoluta, firmou interpretação constitucional ou resolveu questão constitucional para declarar a inconstitucionalidade da lei X, o fundamento ou as razões da decisão de inconstitucionalidade desta específica lei obrigam os juízes e a administração pública diante de outras leis que contenham o mesmo ou similar conteúdo, ou retratem igual questão constitucional.

Já se chegou a tratar do ponto no Supremo Tribunal Federal, aludindo-se à obrigatoriedade da adoção das razões ou do fundamento da decisão de inconstitucionalidade diante de leis municipais distintas (BRASIL, 2005). O fundamento da decisão de inconstitucionalidade da lei municipal X aplica-se à lei Y, de outro Município, cujo conteúdo é igual ou similar ao da primeira lei. O juiz ou tribunal que tem à sua frente a lei Y, ao tomar em conta as razões da decisão de inconstitucionalidade da lei X, deve deixar de aplicar a lei Y

por inconstitucionalidade. Isso exatamente porque o importante é a interpretação estabelecida na Corte.

É evidente que tanto o juiz, quanto o administrador, sempre poderão realizar o *distinguishing*, ou seja, deixar de adotar as razões da decisão de inconstitucionalidade sob o fundamento de a lei em questão conter particularidade que não reclame a mesma interpretação ou solução adotada ao se declarar a inconstitucionalidade. Lembre-se, aliás, que nos Estados Unidos, onde obviamente não se alude a eficácia vinculante sobre a administração pública, admite-se o emprego do *distinguishing*, por parte das autoridades governamentais, quando em tela precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos (TUSHNET, 1999, p. 17 e ss.).

Porém, o controle concentrado traz problemas quando se pensa na obrigatoriedade da adoção das razões da Corte diante de outras leis, ou mesmo no *distinguishing*. Imagine-se a existência de várias ações declaratórias de inconstitucionalidade, tratando de leis estaduais com idêntico conteúdo. Decidindo-se pela inconstitucionalidade em uma das ações diretas, as demais ações persistem em andamento. Ou melhor, a declaração da inconstitucionalidade de uma lei estadual obviamente não interfere, a princípio, sobre as demais ações diretas.

É por isso que, quando há diversas leis idênticas ou similares impugnadas no controle concentrado, todas as ações diretas devem ser reunidas para julgamento conjunto. Quando isso deixar de ser feito, deverá ser proferida, tão logo que possível, sentença de procedência das demais ações diretas. Enquanto isso não ocorrer, presume-se que a validade da específica lei esteja em discussão perante a Corte, o que favorece e legitima a sua aplicação pelos juízes e pela administração pública.

De qualquer forma, o mais importante é demonstrar a diferença entre atribuir eficácia vinculante à decisão de inconstitucionalidade e ao fundamento ou razões que levaram à decisão de inconstitucionalidade. Não apenas as situações são diferentes, uma envolvendo uma decisão e outra, razões ou fundamento da decisão, como especialmente as consequências práticas e concretas de uma e outra são diversas, na medida em que não se pode deixar de distinguir entre estar obrigado a não aplicar uma específica lei e estar obrigado a acatar as razões de solução de uma questão constitucional, deixando-se de aplicar lei com conteúdo idêntico ou similar.

6 PARA QUE PODE SERVIR O TRABALHO DE DELINEAR “TESE” NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO?

Quando são identificados os fundamentos e aqueles que os compartilharam, daí surgindo justificativas para as posições formadas (majoritária, minoritária etc.), pode também

naturalmente vir à tona a justificativa de eventual posição que foi sustentada pela maioria absoluta. É exatamente a justificativa da posição da maioria absoluta que faz ver a *ratio* ou o fundamento determinante.

No entanto, essa justificativa está muito longe de poder ser confundida com uma tese ou com uma máxima, ou seja, com um escrito de três ou mais linhas que tenta resumir o que foi decidido. A ideia de tese é inconcebível na perspectiva da teoria dos precedentes e jamais poderá render algo de frutífero para uma Corte suprema ou constitucional. Na verdade, o direito comparado demonstra que a elaboração de teses ou de máximas, enquanto sínteses da decisão ou da interpretação de uma corte, fracassou até mesmo perante as cortes de correção, em especial diante das cortes de cassação, como sucedeu no direito italiano.

Tese, máxima ou súmula são nomes diferentes conferidos a um enunciado normativo, dotado de pretensão de uniformizar a aplicação do direito nos casos concretos. Ocorre que uma passagem de três ou mais linhas, ou seja, uma síntese restrita das razões adotadas para decidir um caso, apenas pode consistir numa expressão dotada de abstração. Uma tese ou súmula obviamente não reproduz as circunstâncias fáticas e o contexto do caso em que proferida a decisão, assim como não retrata os argumentos que lhe foram contrários e como esses foram enfrentados pelas razões da maioria absoluta, para não falar da sua completa falta de relação com o que foi dito pelos *amici* e em audiência pública.

Claramente, a tese é indiferente não só ao caso concreto, mas também ao que se passou no julgamento em que firmada a decisão. A tese é a contradição de algo preocupado com os fatos do caso e com a realidade da deliberação, e, portanto, pode ser vista como o oposto da justificativa, considerando-se que a função dessa é, antes de tudo, traduzir fielmente as razões que, diante dos fatos e das circunstâncias do caso, assim como dos argumentos e eventuais provas contrários, estabelecem determinado sentido ou interpretação à Constituição.

Mas o mais grave é que, quando se institui mero enunciado normativo, como vem acontecendo no Supremo Tribunal Federal, sequer se identifica e considera os fundamentos apresentados durante o julgamento, assim como quais e quantos Ministros os sustentaram. Ou melhor, não se identifica a posição majoritária, a eventual maioria absoluta, a posição minoritária e as também eventuais posições concorrentes. Ao contrário, raciocina-se como se a Corte houvesse produzido uma única e simples tese, *o que significa, no mínimo, que se estabelece um enunciado a partir de um objeto distorcido*.

Lembre-se que um precedente é mais do que a *ratio decidendi* ou o fundamento determinante, embora a *ratio* seja a parte que lhe identifica. Ao se analisar a *ratio decidendi*, não há como deixar de considerar os fundamentos minoritário e concorrentes para bem

compreendê-la. Aliás, a posição minoritária, bem como a identificação de quantos Ministros lhe dão conformação, são imprescindíveis para esclarecer a população, a profissão e a academia sobre os motivos que não foram admitidos pela maioria e podem abrir oportunidade para a revogação do precedente, assim como para evidenciar a sua maior ou menor força ou estabilidade.

Diante das cortes de apelação, em que importa apenas resolver o caso para as partes, a divergência costuma ser vista como meio para o julgador ressalvar a sua posição pessoal no colegiado (HETTINGER, LINDQUIST, MARTINEK, 2006, p. 16 e ss.; LEFLAR, 1983, p. 722 e ss.). Numa Corte em que interessa a atribuição de sentido à Constituição, a justificativa da minoria fala em favor de uma diferente interpretação constitucional. Se essa interpretação também pertence ao povo e às demais instituições públicas, o dissenso na Corte dialoga com a população e com o Parlamento e o Governo. A posição dissidente, nesse sentido, constitui um sinal da Corte aos demais intérpretes da Constituição. Uma sinalização de que há relevantes motivos para outra interpretação constitucional e, quando a decisão é proferida por maioria apertada, de que a interpretação eleita pela Corte tem razoável possibilidade de ser revista com base nas próprias razões dissidentes (DOUGLAS, 2010, p. 104).

A posição minoritária mantém acesa a discussão em torno da questão constitucional, e, além disso, estimula a população e, especialmente, o Parlamento, a acreditar e a demonstrar que o precedente deve ser revogado. Recorde-se que, no Canadá, o Parlamento se vale da dissensão na Corte para justificar leis que contrariam os precedentes¹. De qualquer modo, a simples possibilidade de *overruling* é suficiente para evidenciar a importância da dissidência, seja porque essa última oferece às pessoas motivos para exercer pressão sobre o Judiciário, seja porque favorece o caminho judicial em busca de outra solução constitucional (LANDA, LAX, 1990-1991, p. 255 e ss.).

Na verdade, a função de desenvolver o direito não exclui a de esclarecer as situações em que o direito constitucional comporta outras vias (SUNSTEIN, 2003, p. 43 e ss.), ainda que seja apenas para responder ao pluralismo, evitando que as pessoas possam imaginar que perderam definitivamente quando a questão ainda está sob discussão e gera sérias dúvidas, inclusive no Judiciário. É verdade que Sunstein (2008), quando se refere à importância de não se aprofundar teoricamente os princípios constitucionais diante dos desacordos morais razoáveis, alude à circunstância de que a parcela da população vencida, num caso em que se

¹ No sistema canadense, a *section 1* da *Charter of Rights and Freedoms* outorga ao Parlamento, por meio do que se denomina de lei “*in your face*”, a possibilidade de evidenciar que a interpretação da Corte não é a mais adequada. Para tanto, fica o Parlamento investido do poder de invocar as razões da dissidência. (ROACH, 2006, p. 347 e ss.)

decide o necessário, perde menos: “*they lose a decision, but not the world*” (SUNSTEIN, 2008, p. 833.). Porém, é dever da Corte comunicar à população sobre a dissidência, bem como o seu grau, para que se possa esclarecer que *ninguém ainda perdeu em definitivo*, ou melhor, que a interpretação constitucional pode voltar a ser discutida não apenas perante a Corte e que as pessoas e o Parlamento podem acreditar na possibilidade de instituição de interpretação diversa.

Entretanto, voltando-se ao problema da tese ou do enunciado que tenta descrever a decisão judicial, a única e incontestável verdade é a de que uma descrição desse tipo jamais poderá descrever o pensamento da Corte nos vários e frequentes casos em que as decisões não são unâimes. Como explicar uma tese diante de um julgamento em que se travou ampla discussão, chegando-se a posições fragmentadas e contraditórias? Nessa situação, uma tese é simplesmente inexplicável, ou melhor, obviamente incapaz de retratar o que se passou.

Em outras palavras, uma tese ou enunciado só adquire algum valor quando a Corte, ao institui-la, tem plena consciência de que *está apenas a facilitar a compreensão do precedente*. Uma tese só pode ter sentido quando a Corte identifica o fundamento compartilhado pela maioria absoluta e a sua justificativa. Quando a tese é definida durante a sessão de julgamento, como é praxe no Supremo Tribunal Federal, tudo fica mais complexo, sendo imprescindível deliberar – e eventualmente decidir – com cautela e atenção para identificar os fundamentos e os membros da Corte que efetivamente os compartilham. Na realidade, mesmo quando se elabora um enunciado a partir dos votos escritos, exatamente porque apenas se sabe como os julgadores decidiram o recurso, provendo-o ou não, torna-se necessário individualizar os fundamentos que foram utilizados e não muito simples identificar os votos que efetivamente os adotaram como razão de decidir. Como se sabe, votos escritos, mesmo que a princípio num mesmo sentido, sempre guardam particularidades e diferenças, muitas vezes não pouco relevantes. Não é por outra razão que é imprescindível a *proclamação* das posições majoritária, minoritária e concorrente, assim como a *justificativa* de cada uma delas. Isso é necessário simplesmente porque não importa perguntar sobre o fundamento de cada voto, mas a respeito do fundamento determinante da decisão da Corte. *É preciso justificar os fundamentos da Corte e não dos votos dos seus membros.*

Quando a tese se limita a precisar, a partir da identificação do fundamento adotado pela maioria absoluta, a sua respectiva justificativa ou o seu conteúdo, ela se torna um elemento que colabora para a compreensão do precedente e, assim, para o desenvolvimento do direito constitucional e para a aplicação do entendimento da Corte nos casos futuros. A consciência de que, mediante a enunciação de uma tese, não é possível revelar a integralidade

do que se decidiu, mas apenas as razões da maioria absoluta, e que a identificação destas depende de critérios formais e do emprego de uma metodologia consistente, além de conferir utilidade à ideia de tese, não deixa que ela confunda os advogados e juízes e atrapalhe o aperfeiçoamento do direito constitucional mediante os precedentes. Em termos mais claros: a tese só tem utilidade quando analisada ao lado da integralidade do precedente, constituindo apenas o indicativo do que nele está contido.

REFERÊNCIAS

BENNETT, Robert. A Dissent on Dissent, *Judicature*, v. 74, n. 5.

BRASIL. STF. **Rcl. 2363 PA.** Relator: Min. Gilmar Mendes. RECLAMAÇÃO. 2. Seqüestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de seqüestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente. Data de Julgamento: 23/10/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-04-2005 PP-00007 EMENT VOL-02185-01 PP-00139 RTJ VOL-00193-02 PP-00513 LEXSTF v. 27, n. 318, 2005, p. 170-182) Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2976786>. Acesso em: 09/02/2024.

BRASIL **ADI 2.182**, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 02.05.2010 Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614087>

DOUGLAS, William O. The Dissent: A Safeguard of Democracy, *Journal of the American Judicature Society*, v. 32. 2010.

HETTINGER, Virginia; LINDQUIST, Stefanie; MARTINEK, Wendy. *Judging on a Collegial Court*, Charlottesville and London: University of Virginia Press, 2006.

HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4. 2000.

LANDA, Dimitri; LAX, Jeffrey. Disagreements on Collegial Courts: A Case-Space Approach, *Journal of Constitutional Law*, v. 10. 1990-1991.

LEFLAR, Robert. The multi-judge decisional process, *Maryland Law Review*, v. 42, 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*, 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

NOVAK, Linda. The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions, *Columbia Law Review*, v. 80, nº 4, May, 1980. pp. 756-781.

ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States, *International Journal of Constitutional Law*, v. 4. 2006.

SUNSTEIN, Cass. *Why societies need dissent*, Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SUNSTEIN, Cass. *Beyond Judicial Minimalism*, *Tulsa Law Review*, v. 43, 2008.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press, 1999.