

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

CARLOS HENRIQUE JARDIM CHIARELLI

**REPERCUSSÃO GERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: VINCULAÇÃO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ENTE FEDERADO QUE NÃO COMPÔS A
RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

UBERLÂNDIA

2023

CARLOS HENRIQUE JARDIM CHIARELLI

**REPERCUSSÃO GERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: VINCULAÇÃO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ENTE FEDERADO QUE NÃO COMPÔS A
RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito “Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Marcela Cunha Guimarães

UBERLÂNDIA

2023

FOLHA DE APROVAÇÃO

CARLOS HENRIQUE JARDIM CHIARELLI

REPERCUSSÃO GERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ENTE FEDERADO QUE NÃO COMPÔS A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela banca examinadora formada por:

Uberlândia, 16 de novembro de 2023.

Prof.^a Dra. Marcela Guimarães Cunha – UFU/MG (Orientadora)

Prof.^a Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello – UFU/MG

Prof.^o Dr. Cristiano Gomes de Brito – UFU/MG

Repercussão geral em matéria tributária: vinculação da Administração Pública de ente federado que não compôs a relação jurídica processual do recurso extraordinário

Carlos Henrique Jardim Chiarelli *

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 impôs um novo paradigma ao atribuir eficácia vinculante a uma série de decisões, estabelecendo verdadeiro sistema de precedentes vinculantes. Na seara do Direito Tributária esse novo sistema é de grande utilidade, na medida em que diversos conflitos interpretativos entre fisco e contribuinte, inclusive de caráter massificados, são dirimidos por decisões que envolvam jurisdição constitucional, as quais são atribuídas eficácia vinculante. Nesse contexto, surgem dúvidas quanto aos efeitos dessas decisões, daí surgir o problema central desse trabalho: proferida decisão em sede recurso extraordinário, reconhecida sua repercussão, teria ela a aptidão de vincular Administração Pública de ente federativo diverso daquele que compôs a relação jurídica processual (recorrente ou recorrido) do recurso? Utilizando-se de método dedutivo, procede-se a análise de referencial acerca de teoria dos precedentes judiciais no direito brasileiro. Pretende-se, pois, descobrir a resposta dogmática adequada ao problema proposto. Para isso segue-se o seguinte caminho: desenvolver noções fundamentais acerca de uma teoria dos precedentes judiciais obrigatórios; verificar a aptidão do acórdão proferido em sede de recurso extraordinário, reconhecida repercussão geral, em constituir precedente vinculante; constatar se a Administração Pública, no âmbito administrativo, vincula-se, ou não, a essa decisão; bem como a extensão dessa vinculação, quais entes federados se vinculariam a ela, isto é, se caberia a vinculação de Administração Pública de ente federado que não compôs a relação jurídica processual do recurso extraordinário paradigma. Percorrido referido caminho, verificou-se que há vinculação da Administração Pública nos termos do problema proposto.

Palavras-chave: Precedentes; Direito Tributário; repercussão geral; Administração Pública.

*Graduando no curso de Direito da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

ABSTRACT

The 2015 Civil Procedure Code imposed a new paradigm by attributing binding effectiveness to a series of decisions, establishing a true system of binding precedents. In the Tax Law, this new system is very useful, as there are various interpretative conflicts between tax authorities and taxpayers, including repetitive disputes. These conflicts are resolved by decisions involving constitutional jurisdiction, which are given the binding effect. However, doubts arise as to the effects of these decisions, so the central problem of this work is: in a case in which the decision was expressed in an appeal, recognizing a general repercussion, would the decision have the power to bind the Public Administration of a federated state that was not part of the procedural legal relationship (appellant or respondent) of the appeal? Using a deductive method, the analysis was based on theoretical references on the theory of judicial precedents in Brazilian law. The aim, therefore, is to discover the appropriate dogmatic response to the proposed problem. To achieve this, the following steps were considered: to develop fundamental notions about a theory of judicial binding precedents; to check if the ability of the judgment, given an appeal with general repercussion, can constitute a binding precedent; verify if the Public Administration, in the administrative context, is submitted to the decision; as well as evaluate which federated states would be linked to the decision and what is the extension of this subordination, therefore, analyze the possibility of binding the Public Administration of a federated state that did not form part of the legal procedural relationship of the extraordinary paradigm appeal. Ultimately, the mentioned course of action enabled the validation of this binding in face of the proposed problem.

Key Words: Precedents; Tax Law; general repercussion; Public Administration.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. NOÇÕES ACERCA DE UMA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	9
2.1. PRECEDENTE JUDICIAL E SUA EFICÁCIA.....	9
2.2. PRESSUPOSTOS PARA <i>STARE DECISIS</i> BRASILEIRO: A INTERPRETAÇÃO E A NATUREZA DA JURISDIÇÃO.....	12
2.3. <i>STARE DECISIS</i> BRASILEIRO: O APARATO NORMATIVO PARA SUA CONSTRUÇÃO	13
2.4. A PRODUÇÃO NORMATIVA DA JURISDIÇÃO E O PAPEL CRIATIVO DOS JUÍZES	18
2.5. <i>RATIO DECIDENDI</i> E A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	21
3. A APTIDÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA, PARA FORMAÇÃO DE PRECEDENTE OBRIGATÓRIO	25
3.1. A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	25
3.2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	27
3.3 REPERCUSSÃO GERAL.....	28
4. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRECEDENTES JUDICIAIS	32
5. CONCLUSÃO	36
NOTAS EXPLICATIVAS.	37
REFERÊNCIAS.	44

1. INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade vislumbra-se uma aproximação entre as tradições jurídicas *civil law* e *common law*. Tal fenômeno se dá no contexto da globalização, no qual as informações transitam com mais facilidade entre os sistemas jurídicos, o que possibilita, por via do estudo do Direito Comparado, um fecundo fluxo de informações, de práticas e recepções de institutos jurídicos estrangeiros entre os sistemas jurídicos (Macêdo, 2022, p. 69-70).

Mostra disso é a valorização do direito jurisprudencial em sistemas tipicamente *civil law*, bem como o aumento da atividade legiferante nos sistemas pertencentes a tradição do *common law* (Macêdo, 2022, p. 75-76; Silveira, 2016, p. 4-7). O diálogo entre tradições tangencia, portanto, um dos pontos mais delicados para qualquer ordenamento jurídico, qual seja: o reconhecimento e a valorização de suas fontes normativas.

No sistema jurídico pátrio os reflexos não poderiam ser outros: ao longo de sua história, diante o afã em se garantir a uniformidade da interpretação jurídica, houve diversas tentativas de se estabelecer eficácia vinculante às decisões judiciais, principalmente no âmbito da interpretação constitucional (Pinheiro, 2021, p. 60-61).

Atualmente vige diversos enunciados prescritivos que atribuem eficácia vinculante aos provimentos jurisdicionais: a Constituição Federal (CF) prevê, no seu art. 102, §2º, o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e de ações declaratórias de constitucionalidade; no § 3º, do mesmo artigo, a previsão da repercussão geral da questão constitucional como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário; e a previsão da súmula vinculante, em seu art. 103-A, também possuidora de caráter vinculante.

Além do texto constitucional, há a revolucionária proposta do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), que valoriza sobremaneira os precedentes judiciais. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro passa a operar com a força vinculante dos precedentes judiciais – e isso não é de agora¹ -, gerando verdadeiro sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro (Macêdo, 2022, 212).

O reflexo crucial do *stare decisis*², diante o cenário legal acima delineado, é a manutenção da coerência e da unidade do sistema jurídico, vez que propicia a delimitação de sentido do enunciado prescritivo aos demais órgãos do Poder Judiciário. Garante, portanto, uma restrição aos sentidos normativos atribuíveis ao texto legal, tendo em vista que os precedentes judiciais emanados das Cortes Superiores preenchem o significado do enunciado prescritivo (norma jurídica), conferindo estabilidade a esse conteúdo que será reaplicado pelos demais órgãos do Poder Judiciário (Pandolfo, 2020, p. 172).

Referida estabilidade ganha contornos mais dramáticos na seara do Direito Tributário, na medida em que o conhecimento e estabilidade da norma jurídica são elementos cruciais ao planejamento de negócios, e de suas respectivas vidas privadas, pelos contribuintes. É a norma jurídica o principal fator a instigar, a induzir seus comportamentos (Ávila, 2021, p. 73-74). Revela-se, pois, a força que uma doutrina dos precedentes judiciais obrigatórios adquire, já que os valores centrais do *stare decisis* são extremamente caros ao Sistema Tributário Nacional, com especial destaque para os princípios da segurança jurídica e da igualdade (Halperin, 2021, p. 165).

Ainda, para o Direito Tributário, que tem matriz essencialmente constitucional, a jurisdição constitucional acaba sendo ponto central na resolução de diversos conflitos interpretativos entre o fisco e contribuinte (Pandolfo, 2020, p. 1). Logo, os precedentes constitucionais, que advêm diretamente da jurisdição constitucional, são essenciais para a estabilização de diversas questões tributárias. Sem falar no caráter repetitivo desses litígios, o que torna a estabilização das questões tributárias, por via da jurisdição constitucional, um fator relevante para a pacificação social.

Seguindo-se nessa linha, os principais institutos que lidam diretamente com o controle de constitucionalidade, aptos a resolverem diversos conflitos de índole constitucional no ramo tributário, são as súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF), sejam vinculantes ou não, decisões em controle abstrato de constitucionalidade e recursos extraordinários (Pinheiro, 2021, 29-30).

Nesse contexto, o art. 927, do CPC, prevê um rol de provimentos judiciais³ a serem considerados vinculantes perante os órgãos do Poder Judiciário, quais sejam: 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; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Somando-se às previsões constitucionais de eficácia vinculante das súmulas vinculantes (art. 103-A, CF), bem como às decisões em controle concentrado de constitucionalidade (§2º, art. 102, CF), verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio em nenhum momento trata diretamente da observância obrigatória de decisão proferida em recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida.

Embora trate da observância obrigatória do precedente oriundo do recurso extraordinário repetitivo (art. 927, *caput*, III, CPC), não há qualquer menção expressa ao caráter obrigatório da decisão proferida em recurso extraordinário desprovido do crivo da sistemática das demandas repetitivas (art. 928, CPC). Uma interpretação precipitada, desprovida de sistematicidade, facilmente constataria que a decisão do recurso extraordinário não tem o condão de formar precedente vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Note-se que, a princípio, esse importante instrumento de controle de constitucionalidade parece ser desprovido de eficácia vinculante.

Ademais, o advento de um sistema de precedentes vinculantes esbarra, também, na análise da sua eficácia extraprocessual, isto é, para além do âmbito do processo judicial, cujo um dos reflexos é sobre a esfera administrativa. Mais especificamente, se há obrigação, ou não, da Administração Pública seguir os precedentes judiciais vinculantes no âmbito administrativo (Oliveira, 2019, p. 20).

Quanto ao ponto emerge embate doutrinário, já que o *caput* do art. 927 do CPC prevê somente a vinculação de juízes e tribunais ao rol de precedentes judiciais apresentado. Além de que, somente as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes possuem previsão constitucional de vinculação em relação à Administração Pública (§ 2º, art. 102 e art. 103-A, CF). Logo, pende dúvida quanto a possibilidade de vinculação aos demais precedentes do art. 927, CPC (Oliveira, 2018, p.148-149).

É nesse contexto de valorização dos precedentes judiciais, bem como as dúvidas quanto a seus efeitos no sistema, que surge o problema central para o qual almeja-se resolução: proferida decisão em sede recurso extraordinário, reconhecida a repercussão geral da questão constitucional, teria ela o condão de vincular Administração Pública Tributária de ente federado diverso daquele que compôs a relação jurídica processual (recorrente ou recorrido) do recurso julgado?

A pergunta acima, embora apresente caráter hipotético, substancia um problema com grande abrangência prática, que incide sobre múltiplos casos e decisões proferidas pelo STF. Basta a suposição de que a referida decisão verse sobre a constitucionalidade ou interpretação de dispositivo de lei estadual que trate de imposto de competência estadual, para, tão logo, supor que seu conteúdo se encaixa plenamente a contextos fático-jurídicos de outros estados que não compuseram a relação jurídica processual do recurso (seja na condição de recorrente ou recorrido).

Para enfrentamento do problema posto, a partir da utilização de referencial teórico sobre a teoria dos precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro, definem-se os seguintes objetivos: desenvolver noções fundamentais de uma teoria dos precedentes judiciais obrigatórios; verificar a aptidão do acórdão proferido em sede de recurso extraordinário, reconhecida repercussão geral, em constituir precedente vinculante; constatar se a Administração Pública, no âmbito administrativo, vincula-se, ou não, aos precedentes judiciais obrigatórios outros que não aqueles previstos no texto constitucional; bem como a extensão dessa vinculação, quais entes federados se vinculariam a ela, isto é, se caberia a vinculação de Administração Pública de ente federado que não compôs a relação jurídica processual do recurso extraordinário paradigma.

Almeja-se, pois, conferir a resposta dogmática adequada ao problema jurídico levantado. Com tal resposta, vislumbra-se contribuição à compreensão dos impactos do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro e, de uma perspectiva prática, apresentar instrumentos que qualifiquem as atuações dos sujeitos que compõem a relação jurídica tributária antes mesmo da judicialização do conflito, inclusive para evitar a perpetuação de cenários de tremenda insegurança jurídica e de litigiosidade multiplicada ocorridos no âmbito tributário diante a recalcitrância da Administração Pública Tributária vincular-se aos precedentes judiciais.⁴

2. NOÇÕES ACERCA DE UMA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

2.1. PRECEDENTE JUDICIAL E SUA EFICÁCIA

Antes de adentrar-se no conceito de precedente judicial propriamente dito, analisa-se a ideia geral de “precedente”. A argumentação por precedentes é algo próprio do ser humano, pois sua história é constantemente reconstruída, fazendo uso de suas experiências pretéritas para modelar seu presente e futuro. Assim, como sujeito histórico-cultural, tenderá a fazer uso do seu passado influenciando sobre suas decisões no presente, o que remete ao homem como ser cultural na busca por segurança (Ribeiro, 2016, p. 112-113). É algo próprio a vida das pessoas, não restrito à prática forense (precedente judicial), fazendo-se presente em qualquer esfera da vida em que se pretende manter a coerência, a unidade e racionalidade na tomada de decisão (Macêdo, 2022, p. 83-84).

Num primeiro momento, constata-se o caráter retrospectivo do precedente, consistente em invocar a solução de caso pretérito no presente, quando verificada a similitude fática entre

os casos. Esse é, a princípio, o tempo do precedente: passado-presente (Ribeiro, 2016, p.113). Nesse mesmo sentido, por ser o precedente, geralmente, oriundo de uma autoridade, tal qual uma decisão judicial, o respeito ao precedente constitui um dever pela autoridade que o proferiu, pois induz a legítima expectativa de quem a ela se submete a planejar-se conforme os ditames de referido precedente, bem como de que não surpreenderá com posicionamento diverso (Marinoni, 2022, RB-2.4).

Há que se considerar também a eficácia prospectiva do precedente, isto é, os impactos dos precedentes em relação ao futuro. Especificamente tratando-se do precedente judicial, o órgão jurisdicional ao proferir decisão, tem a consciência de que o ato decisório poderá constituir precedente no futuro, isso necessariamente gerará um senso de responsabilidade quantos aos impactos de sua decisão sobre o futuro. O que for decidido no presente gerará um dever de coerência do órgão com o que foi decidido. Há, pois, a consciência de autovinculação a sua decisão no futuro, o que garante, de certa forma, o controle sobre a atividade jurisdicional (Marinoni, 2022, RB-2.5).

Quanto aos precedentes oriundos do Direito, mais precisamente os jurisdicionais⁵, Macêdo sustenta dois sentidos: um sentido próprio, formal, “amplo, aproximado ao significado de “caso” – abarcando todo o ato decisório -, precedente é fonte do direito; ou seja, é fato jurídico continente de norma jurídica” (2022, p. 85); e um sentido impróprio, estrito, substancial, consistente na *ratio decidendi* ou norma do precedente (2022, p. 86). O primeiro - mais apropriado - abarca todo o ato decisório, contempla relatório, fundamentação e dispositivo; confunde-se, pois, com o próprio ato decisório. Já o segundo, não se confunde com ato decisório, nem, tampouco, com qualquer de suas partes, tendo em vista que a *ratio* do precedente é construída a partir da interpretação de todo ato decisório (embora concentre-se prioritariamente em sua fundamentação). Nesse sentido, precedente judicial é a decisão pretérita tomada como modelo para decidir-se o caso presente (Macêdo, 2022).⁶ Embora concorde-se com autor quanto a identificação do precedente com a decisão judicial, ressalva-se que precedente não é fonte do direito, mas sim enunciado, isto é, é produto da fonte do direito. A enunciação, a rigor, é fonte do direito, que neste caso é própria atividade jurisdicional, mediante processo (Galvão; Mendonça, 2021, p. 58-61).

Posta a definição de precedente judicial, cumpre-se analisar a classificação quanto a sua eficácia. Sob tal critério podem ser classificados como precedentes obrigatórios ou persuasivos. Tal análise demonstra como todos sistemas jurídicos detêm alguma relação com precedentes judiciais, pois, mesmo que não lhe sejam conferidos obrigatoriedade, como tipicamente ocorre em sistemas jurídicos pertencentes a tradição *civil law*, o precedente judicial constitui fato

jurídico que ao menos possuirá eficácia argumentativa, que é utilizado como argumento pela coerência com o passado (Macêdo, 2022, p. 92-93).

Referida classificação pauta-se prioritariamente na estruturação hierarquizada do sistema judiciário, bem como na repartição de competências recursais. A obrigatoriedade, ou não, do precedente é aferida por uma análise do nível hierárquico do órgão que julga o caso em relação ao órgão prolator do precedente (Macêdo, 2022, 93-94; Marinoni, 2022, RB-2.7). A eficácia do precedente tem, portanto, caráter relativo.

Os precedentes obrigatórios consistem em precedentes que devem ser observados pelos demais órgãos jurisdicionais, como trata Macêdo (2022, p. 94):

“Assim, precedentes vinculantes são os que servem como modelos determinantes para decisões posteriores. A obrigação de seguir precedente é, destarte, espécie de obrigação de julgar conforme o Direito, e, nesse ponto, em nada difere da obrigação de aplicar a lei. Assim sendo, julgar conforme o Direito, em um sistema de precedentes obrigatórios, é considerar como normas jurídicas as *rationes decidendi* dos precedentes judiciais vinculantes que se relacionam com o caso em questão.”

Logo, diante precedente obrigatório, o órgão julgador não poderá esquivar-se de sua observância por discordância acerca de seu conteúdo, trata-se, pois, de direito positivo. Sua aplicação somente será evitada quando restar demonstrado que o caso sob julgamento se diferencia do precedente, lançando-se mão da técnica de *distinguishing*. Ou, ainda, demonstrando-se que o precedente foi revogado (*overruling*)⁷ ou que se proceda a sua revogação, quando houver competência para tal (Ferraz, 2017, p. 252).

Já o precedente persuasivo não deverá de ser seguido pelo órgão julgador, isto é, o julgador poderá discordar do precedente, bastando fundamentar sua decisão no sentido de discordar de sua *ratio decidendi*. Não incorre, pois, em erro quando não aplica o precedente (Macêdo, 2022, p. 94). Nesse caso, o precedente contribuirá para argumentação das partes (Ferraz, 2017, p. 252). Trata-se da modalidade de precedente que se faz presente em sistemas jurídicos que seguem a tradição *civil law* ou, quando no *common law*, no caso de decisões de órgãos de jurisdição distinta e de tribunais hierarquicamente inferiores (Macêdo, 2022, p. 94). Tais precedentes são relevantes em função da autoridade que se reconhece aos órgãos jurisdicionais que os emanaram (Ferraz, 2017, p. 252), mesmo que não haja um vínculo de subordinação ou mesmo que se tratem de órgãos de diferentes jurisdições.

Ainda, quanto a eficiência vinculante do precedente, pode-se falar em eficácia vertical ou horizontal. A eficácia horizontal consiste no dever de seguir os precedentes judiciais pelo próprio órgão que o proferiu. O órgão que julga o caso é o mesmo que prolatou precedente, ou seja, trata-se de modalidade de vinculação aos seus próprios precedentes (autovinculação). Já

no tocante a eficácia vertical do precedente, há subordinação do órgão que analise o caso sob julgamento ao precedente prolatado por órgão superior. Nesse caso, o órgão inferior encontra-se absolutamente vinculado ao precedente, não podendo esquivar-se de seu cumprimento. Quanto a vinculação horizontal, o órgão prolator, desde que cumprindo ônus argumentativo, poderá superá-lo, o que evidentemente acaba com a possibilidade de uma vinculação absoluta, que impossibilite a revogação do precedente no sistema jurídico. Não significa, pois, que o órgão prolator da decisão não possua o dever de seguir seus próprios precedentes (Ferraz, 2017, p. 248-250; Macêdo, 2022, p. 95-96; Marinoni, 2022, RB-2.8).

2.2. PRESSUPOSTOS PARA *STARE DECISIS* BRASILEIRO: A INTERPRETAÇÃO E A NATUREZA DA JURISDIÇÃO

O pressuposto de um sistema de precedentes vinculantes é forma como se concebe o processo interpretativo, bem como a natureza da jurisdição. O primeiro degrau para o reconhecimento do *stare decisis* consiste nos paradigmas teóricos sobre os quais compreende-se, e, em certa forma, produz-se o Direito.

Quer dizer, se o ato de interpretar o direito constitui a mera declaração do sentido pré-existente no enunciado normativo, assim como impunha os dogmas postos pela Revolução Francesa (Mitidiero, 2021, p. 46-47), não é necessário cogitar seguir o entendimento jurisprudencial, já que a lei contém um sentido unívoco apto a regular todos os aspectos da vida humana, e, por decorrência, satisfaz plenamente os princípios da segurança jurídica e de igualdade. Vislumbra-se um cenário que não haverá decisões judiciais distintas para situações fáticas de que demandariam mesma solução. Nesse sentido, a jurisdição assume feição puramente declaratória, mediante uma teoria cognitivista da interpretação.

Por outro lado, se o ato de interpretar é construir⁸ o sentido sob paradigma da divisão entre texto e norma (Mitidiero, 2021, p. 56-57), o que leva a possibilidade de diversos sentidos ao mesmo texto, bem como a decisões judiciais discrepantes dada a variabilidade de interpretações, a vinculação aos precedentes faz-se necessária para satisfação da segurança jurídica e da igualdade. Interpretar não é mera atividade de desvelar o sentido ínsito ao enunciado, mas atividade que requer algum grau de criatividade do intérprete.

Diante, pois, as premissas da Ciência do Direito contemporânea, tais como, a atribuição de normatividade aos princípios, a máxima efetividade dos direitos fundamentais (Marinoni, 2022, p. RB-1.15), a utilização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados como técnica legislativa (Marinoni, 2022, p. RB-1.18), o reconhecimento do duplo grau de

indeterminação da linguagem jurídica (Mitidiero, 2021, p. 59-61), enfim, defrontar-se com tais bases perpassa em aceitar que a interpretação do direito, e o próprio exercício da jurisdição, independentemente da linha metodológica e teórica a que se vincule especificamente, não é mera atividade cognitiva.

A jurisdição assume um papel de determinação, isto é, de concretização das normas gerais e abstratas oriundas da legislação para resolução do caso concreto, um papel que definitivamente não se coaduna com uma concepção declaratória de jurisdição (Macêdo, 2022, p. 178).

Enfim, o paradigma teórico da interpretação (superada uma visão meramente cognitivista), que coloca o intérprete numa posição que vai além do mero conhecimento de um sentido ínsito ao texto, é o primeiro passo para o reconhecimento de um sistema de precedentes obrigatórios, porque escancara a necessidade de estabelecimento de segurança jurídica e de tratamento isonômico entre os jurisdicionados diante a variabilidade interpretativa dos órgãos julgadores.⁹

2.3. *STARE DECISIS* BRASILEIRO: O APARATO NORMATIVO PARA SUA CONSTRUÇÃO

Pretende-se demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro possui arcabouço normativo, inclusive de índole constitucional, que possibilita a construção de *stare decisis* no direito positivo brasileiro. Para fins de definição, *stare decisis* consiste em dever de seguir as decisões judiciais na sua condição de precedentes obrigatórios, de vincular-se a sua *ratio decidendi*. Com relação a sua natureza jurídica, assume o *stare decisis* a condição de princípio, tal qual o princípio da legalidade (Macêdo, 2022, 224-225).

Pois bem, as normas que dão supedâneo a construção do *stare decisis* encontram-se no texto constitucional, com especial destaque aos princípios da segurança jurídica e de igualdade. No plano infraconstitucional, os art. 926 e 927, do CPC, também respaldam a construção desse dever.

Sobre a segurança jurídica, adota-se a conceituação proposta por Ávila, que segue:

“[...] norma-princípio que exige dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.” (2021, p. 286, grifos do autor)

Por tal conceito visualiza-se que o princípio da segurança jurídica exige dos órgãos do Poder Público (dos três poderes) comportamentos que busquem atingir três estados ideais: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Cabe, pois, compreender de que forma a vinculação aos precedentes judiciais contribui para atingir tais estados.

A cognoscibilidade trata-se da “capacidade, formal ou material, de reconhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo” (Ávila, 2021, p. 140-141). Está atrelada essencialmente ao conhecimento do Direito pelo cidadão. Nesse sentido, a cognoscibilidade do Direito perpassa por um conhecimento material dos enunciados prescritivos, que se dá por procedimentos como publicação de diplomas legais ou mesmo as citações ou intimações em processos judiciais ou administrativos. Bem como exige a compreensão intelectual das normas, já que “para poder obedecer a uma norma jurídica o cidadão não apenas precisa ter acesso a ela (...); ele precisa, conjuntamente, ter a possibilidade de entender o que ela determina, proíbe ou permite” (Ávila, 2021, p. 317).

Dentre os fatores que contribuem para maior cognoscibilidade intelectual da norma está a determinabilidade de seu conteúdo, consistente na capacidade do cidadão compreender os sentidos possíveis atribuíveis ao enunciado (Ávila, 2021, p. 141). A vinculação aos precedentes judiciais pelo Poder Judiciário contribui com um ganho de determinabilidade das normas, pois os precedentes judiciais contribuem para densificação do conteúdo do enunciado legal (Halperin, 2019, p. 162).

Já a confiança trata-se da “proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e cláusulas de equidade” (Ávila, 2021, p. 142). Diferencia-se da imutabilidade, uma vez que não se trata da impossibilidade absoluta de alteração do direito. Em vez disso, a confiança preocupa-se em garantir estabilidade na própria mudança, principalmente ao garantir a proteção a expectativa legítima do cidadão. Assim, a vinculação aos precedentes pelo Poder Judiciário promove ganho de confiança, já que protege a legítima expectativa gerada no cidadão perante a decisão judicial pretérita. Melhor dizendo: poderá ele pautar suas condutas em precedentes judiciais sem que as situações daí constituídas venham a ser desconsideradas posteriormente, tendo em vista que a perspectiva de manutenção de entendimento jurisprudencial qualifica sua expectativa (Halperin, 2019, p. 162; Macêdo, 2022, p. 125-126).

Por fim, a calculabilidade, faceta da segurança jurídica voltada para o futuro, consiste no elevado grau de previsão das consequências jurídicas de atos ou fatos, ou seja, a possibilidade de se antecipar as alternativas interpretativas construídas dos enunciados e os efeitos da aplicação dessas normas. Diferencia-se da previsibilidade, já que esse conceito está

atrelado a uma antecipação absoluta da interpretação do texto legal, o que pressupõe uma univocidade de sentido do enunciado (Ávila, 2021, 143-144).

Sob tais premissas, a possibilidade de vinculação aos precedentes judiciais pelo Poder Judiciário dá sua maior contribuição à segurança jurídica, já que tal vinculação promove um notório ganho de calculabilidade quanto a atuação do Poder Judiciário (Ávila, 2021, 670-671). Isso porque a “vinculação formal das decisões do Judiciário diminui as possibilidades normativas decorrentes dos enunciados normativos” (Halperin, 2019, p. 162). Assim, na prática, verifica-se maior calculabilidade das consequências jurídicas, ganha-se maior capacidade de orientação e planejamento de acordo com o Direito.

Resta patente como a vinculação aos precedentes judiciais promove os fins almejados pela segurança jurídica. Logo, a adoção do *stare decisis* no ordenamento jurídico pátrio encontra fundamento constitucional nesse princípio. Passa-se, então, a adequação dos precedentes judiciais obrigatórios quanto ao princípio da igualdade.

O princípio da igualdade vem disciplinado no art. 5º e, especificamente sobre a seara tributária, no art. 150, II, ambos da CF. Como amplamente conhecido, determina que todos sejam tratados igualmente, sendo inadmitido tratamento diferenciado, satisfazendo uma noção de igualdade formal. Tal princípio permite que se empreenda tratamento desigual diante uma situação desigual, na medida em que a desigualdade assim o exija, satisfazendo um ideal de igualdade substancial.

Dessa concepção geral de igualdade decorre como a vinculação aos precedentes judiciais contribui para seu desenvolvimento. Ao se estabelecer a vinculação aos precedentes judiciais pelo Poder Judiciário, o que se tem é uma igualdade que transpassa a mera igualdade perante o enunciado normativo, estabelecendo-se uma igualdade perante a interpretação do enunciado advinda do precedente judicial, isto é, igualdade perante a própria norma jurídica (Pinheiro, 2021, p. 129-130).

A vinculação aos precedentes concretiza na prática dos órgãos judiciais que casos iguais sejam tratados de forma igual (Ávila, 2021, p. 670-671), tem-se a conhecida expressão “*treat like cases alike*”.

Nessa mesma linha, Marinoni discorre sobre a noção limitada da igualdade perante a jurisdição comumente difundida. Limita-se a igualdade *no* processo (igualdade a um procedimento que permita um amplo contraditório às partes, no sentido de paridade de armas) e igualdade *ao* processo (igualdade de acesso à justiça e a procedimentos específicos aptos a efetiva tutela de direitos). Olvida-se, pois, a igualdade *perante* a decisão judicial, que significa a igualdade perante o conteúdo das decisões judiciais (Marinoni, 2022, RB-2.17).

Ao se estabelecer vinculação aos precedentes, evita-se que jurisdicionados recebam tratamentos diferenciados pelo Poder Judiciário quando as situações fáticas compartilhem similaridades que justifiquem o mesmo tratamento concretizado na decisão judicial pretérita.

Conclui-se, que o arcabouço constitucional brasileiro não somente dá guarida a construção do *stare decisis* no ordenamento jurídico pátrio (Macêdo, 2022, p. 184), como leva ao reconhecimento da necessidade de construí-lo, porque densifica princípios constitucionais caríssimos a nossa ordem jurídica.¹⁰

Dessa forma, parte da doutrina chega a admitir a desnecessidade das previsões do CPC que estabelecem formalmente a necessidade de seguir precedentes, sendo suficiente a principiologia constitucional e o reconhecimento da superação de uma visão cognitivista da interpretação (Halperin, 2019, p. 164; Marinoni, 2022, RB-1.22; Mitidiero, 2021, p. 86-87). A própria jurisprudência do STF, antes do atual CPC, oscilou, sem formar posição consolidada sobre o tema, quanto a admissão de eficácia vinculante dos seus julgados de acordo com seus “motivos determinantes”¹¹, ou seja, mesmo sem previsão legal expressa, já se debatia por vias jurisprudenciais a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes judiciais.

Não obstante os esforços doutrinários e jurisprudenciais supra-mencionados, tais construções se apresentam insuficientes (embora de notáveis esforços), pois nunca houve uma manifestação institucional definitiva no sentido de efetivamente estabelecer o *stare decisis* no Brasil. Essa lacuna foi preenchida com o advento do CPC, que consolidou de vez no ordenamento pátrio o *stare decisis* (Macêdo, 2022, p. 212). Afirma-se, portanto, a existência de um sistema de precedentes vinculantes imposto pela legislação processual (Amaral, 2016, p. 5; Araújo, 2016, p. 104; Ferraz, 2017, p. 319; Macêdo, 2022, p. 212; Silva, 2019, p. 40).¹²

O núcleo do sistema de precedentes encontra-se nos arts. 926 e 927, do CPC. O primeiro estabelece a lógica segunda a qual as decisões judiciais devem ser prolatadas, quando houver similaridades fático-jurídicas entre os casos que assim justifiquem, em conformidade a pronunciamentos judiciais anteriores (Silva, 2019, p. 40-41). Discorrendo acerca desse dispositivo, manifesta-se Macêdo:

“O art. 926 do CPC/2015 é, certamente, o dispositivo mais importante sobre a teoria dos precedentes judiciais, fornecendo material suficiente para a construção do *stare decisis* brasileiro. Com efeito, a partir da institucionalização dos deveres de *uniformização, estabilidade, integridade e coerência, torna-se pouco crível o funcionamento do sistema jurídico sem o stare decisis*. Os deveres consagrados no novo Código de Processo Civil possuem conteúdo normativo suficiente para a criação institucional dos precedentes obrigatórios.” (2022, p. 375, grifos do autor)

Já o art. 927 abarca um rol de provimentos judiciais considerados vinculantes. O *caput* dispõe no sentido de que juízes e tribunais *observarão* os provimentos ali arrolados. Assim

sendo, conjectura-se o sentido do termo “observarão”, que não significaria propriamente um dever de seguir o precedente, mas, sim, apenas que se deve levar em consideração referidos provimentos ao julgar, não se tratando, pois, de obrigação segui-los (Amaral, 2016, p. 5; Macêdo, 2022 p. 211).

Diversos razões demonstram como a interpretação de que não se trata de uma obrigação, mas apenas dever de consideração do precedente, é equivocada. Uma visão sistemática do CPC indica a vinculação aos precedentes.

Por exemplo, a regulação do incidente de resolução de demandas repetitivas, do incidente de assunção de competência e o julgamento de recursos repetitivos, prevê consequências de caráter normativo (Macêdo, 2022, p. 212). Basta observar a atribuição de poderes ao relator, para dar provimento ou desprovimento, monocraticamente, a recursos em função de entendimentos firmados em incidente de resolução de demandas repetitivas, recurso especiais repetitivos ou incidentes de assunção de competência (art. 923, IV e V, CPC). O que indica um caráter de obrigatoriedade dessas decisões.

Além disso, a previsão do art. 489, § 1º, VI, CPC, considerada não fundamentada, e, portanto, nula, decisão judicial que deixar de aplicar precedente ou jurisprudência evocado pela parte sem que se proceda a distinção ou superação do precedente (Amaral, 2016, p. 5), torna clara a obrigação de seguir precedente. Enfim, com base numa visão sistêmica do CPC, sustentar que o art. 927 não apresenta rol de provimentos judiciais obrigatórios é interpretação a ser descartada.

Atinente ao rol apresentado por referido dispositivo, parcela da doutrina sustenta sua incompletude, porque não contempla os precedentes originados pelas Cortes Superiores em sede de recursos extraordinários. Tal restrição solaparia a função dessas cortes de outorga de unidade ao Direito Constitucional, no caso do STF, e de unidade ao Direito infraconstitucional federal, no caso do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Sustentam, portanto, como forma de contornar o problema posto, que o art. 927 possui caráter meramente exemplificativo (Marinoni, 2022, p. RB-4.6; Mitidiero, 2021, p. 102).

Contudo, tem-se por mais adequada a posição de Macêdo para solução do problema, na medida em que propõe uma interpretação ampliativa do art. 927, V, CPC, de forma que a previsão de vinculação de órgãos inferiores à orientação do órgão plenário ou especial transpasse as fronteiras do próprio Tribunal e seja inserida dentro da integralidade da estrutura

hierarquizada do Judiciário (2022, p. 382-383). Dessa forma, as decisões proferidas em plenário pelo STF e pela Corte Especial do STJ, vinculariam todas instâncias do judiciário, garantindo-se maior segurança jurídica. Essa é a melhor interpretação, porque fornece “material suficiente para a caracterização do *stare decisis*” (Macêdo, 2022, p.382), promovendo maior isonomia e segurança aos jurisdicionados.

Diante as proposições acima delineadas, não resta dúvida quanto à existência de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil, isto é, da validade do princípio do *stare decisis* no sistema de direito positivo pátrio. Passa-se, portanto, ao desenvolvimento de outras questões para o enfrentamento do problema posto.

2.4. A PRODUÇÃO NORMATIVA DA JURISDIÇÃO E O PAPEL CRIATIVO DOS JUÍZES

Parece intuito, num primeiro momento, a suposição de que, ao se vincular a um precedente, o órgão julgador encontrará um dado jurídico diferente do que encontraria caso utilizasse unicamente a norma legal para resolução do caso. Afinal, se assim não fosse, não haveria motivos para evocar um precedente ao caso sob julgamento, bastaria a lei para regulá-lo.

Além disso, esse dado do precedente constitui uma norma jurídica, isto é, carrega ele um aspecto normativo que delimitará a solução do caso sob julgamento. Afinal, não seria um aspecto religioso, ético, político, etc, que geraria o efeito vinculante sob o caso em julgamento, mas sim uma norma jurídica (*ratio decidendi*) à qual o julgador encontra-se vinculado.

Essa introdução põe a lume dois pontos que devem ser bem compreendidos quando se trata de precedentes judiciais: a jurisdição como atividade produtora de normas jurídicas e a criatividade própria a atividade jurisdicional.

Antes de mais nada, conforme afirmam Galvão e Mendonça (2021, p. 65-66), por meio do art. 927 e art. 489, §1, V e VI, do CPC, foi inserido no direito brasileiro nova regra de estrutura, já que impõe dever de seguir as decisões judiciais (art. 927) e porque impõe procedimento coercitivo quando considera não fundamentada e, portanto, nula, decisão que não aplique adequadamente precedentes judiciais: seja quando não proceder a demonstração de adequação do precedente ao caso sob julgamento (art. 489, §1º, V) ou que deixe de aplicar súmula ou precedente evocado pela parte sem demonstrar sua superação ou distinção com o caso sob julgamento (art. 489, §º1, VI).

Essa nova norma de estrutura outorga competência ao Poder Judiciário para ejetar no direito positivo normas gerais e abstratas (Galvão; Mendonça, 2021, p. 66-67). Nesse sentido:

“Esta norma será geral, pois não haverá sujeitos determinados, e abstrata, pelo fato que terá em seu antecedente, um enunciado hipotético descritivo de um fato, trata-se de um fato que ainda irá ocorrer. E se assim não for, caberá ao órgão julgador, fundamentar que o caso em questão não é similar, e não se encaixa nas características determinantes do precedente, a fim de não invalidar a sua decisão judicial.” (Galvão; Mendonça, 2021, p. 67).

Assim, a decisão judicial é enunciado que exerce dupla função normativa: ejeta normas individuais e concretas no ordenamento jurídico que resolvem o caso sob julgamento; bem como normas gerais e abstratas (*ratio decidendi*), que servirá para resolução de casos futuros na qualidade de precedente judicial (Galvão; Mendonça, 2021, p. 68).

Superando-se os dogmas de que o texto legal carrega um sentido imanente e único, como demonstrado *supra* no *item 2.2*, não é de se surpreender que a atividade interpretativa envolve em alguma medida um caráter criativo. Além de que, a atividade criativa dos julgadores é exigida a partir do constitucionalismo contemporâneo, diante o reconhecimento de normatividade aos princípios constitucionais, que muitas vezes possibilitam a criação de regras pelo juiz, e a exigência da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que, dado alto grau de indeterminação, exigem concretização normativa pela atividade judicial (Marinoni, 2022, p. RB-1.15; Macêdo, 2022, p. 177; Silva, 2019, p. 85).

Salienta-se que a criação de normas pelo judiciário guarda peculiaridades que a diferenciam da produção do legislativo. Uma delas é que a produção de normas gerais e abstratas pelo judiciário passa por circunstâncias do caso concreto que são levadas a juízo. Quer dizer: a produção normativa do judiciário está atrelada as circunstâncias fáticas do caso sob julgamento, não constituindo, pois, qualquer forma de arbítrio, já que tal norma jurídica somente será aplicada a casos semelhantes mediante raciocínio analógico típico da aplicação de precedentes (Diniz, 2016, p. 138-139).

Além disso, procedimentalmente são distintas: no caso do direito jurisprudencial segue-se a imparcialidade, contraditório e a inércia do órgão julgador, o que não ocorre pela via legislativa (Pinheiro, 2021, p. 117). E, por fim, a própria atividade criativa não parte do nada, já que o ponto de partida para a criação do direito é o próprio sistema do direito positivo, isto é, o grau de criatividade do órgão julgador é muito mais restrito, quando comparado a legislação, devido as amarras que o direito positivo lhe impõe (Macêdo, 2022, p. 179-180, nota nº 136).

Fora tais aspectos limitativos da produção normativa pelo judiciário, as próprias searas do direito sobre a qual verse a produção normativa impõe limitações. Por exemplo, áreas cujo o princípio da legalidade estrita impere, tais como o Direito Penal e o Direito Tributário, a

produção normativa por via de princípios, *a priori*, não é permitida (Alvim; Dantas, 2020, p. RB-2.2).

Partindo-se, portanto, de que a criação do Direito pelo judiciário significa “que se chega institucionalmente a determinada norma jurídica que pode ser racionalmente atribuída aos elementos fornecidos anteriormente, mas ainda assim até então inexistente expressa” (Macêdo, 2022, p. 179-180, nota nº 136), facilmente compreende-se que não se trata de algo espantoso, mas sim uma decorrência natural da atuação institucional do Poder Judiciário para o enfrentamento dos conflitos que lhe são levados à apreciação.¹³ Trata-se de fenômeno de concretização do direito, isto é, a conformação das normas gerais e abstratas de origem legislativa à luz dos casos concretos que são levadas a resolução (Alvim; Dantas, 2020; Macêdo, 2022)

Assim, sendo o direito positivo único, trata-se de sistema composto harmonicamente por normas legais e jurisdicionais em sua integralidade normativa. Não há dois sistemas estanques de normas, há um único sistema composto por normas legais e normas jurisprudenciais (Macêdo, 2022, p. 223-224).

Nesse sentido, é fundamental perquirir como se dá essa relação, principalmente no sentido de que, em muitos casos, a lei e o precedente serão evocados conjuntamente para resolução dos casos, e, noutros, somente a lei ou o precedente. Macêdo propõe classificação dos precedentes preocupada com essa questão: (i) precedentes declaratórios, não acrescentam nenhum dado normativo ao ordenamento jurídico, pois sua *ratio decidendi* é mera reprodução da norma legal ou reprodução de *ratio decidendi* de precedente paradigma; (ii) determinantes ou especificadores, possuem relevante papel como fonte do direito, pois especificam e determinam a norma legal, ou contribuem para determinação da *ratio decidendi* de precedente paradigma anterior; (iii) precedente originários ou criativos, responsáveis por inserir nova norma jurídica no ordenamento, norma-regra produzida a partir de princípios jurídicos. São relevantes como normas gerais e abstratas os precedentes determinantes ou especificadores e os precedentes originários, porque contribuem para um acréscimo normativo no sistema jurídico, embora haja uma diferenciação entre eles quanto ao grau de criatividade que comportam (2022, p. 249-254).

Além disso, os precedentes dito determinantes ou especificadores são cruciais para searas do direito em que imperem o princípio da legalidade, como o Direito Tributário, pois a criatividade jurisdicional deve ser limitada, estando atrelada a determinação da norma legal. A

norma do precedente é evocada como colaboradora para resolução de um caso junto da norma legal (Macêdo, 2022, p. 254; Pandolfo, 2020, p. 188).

Por todo exposto neste capítulo, algumas premissas parecem esclarecidas: I) o Poder Judiciário cria normas jurídicas (tanto normas individuais e concretas, quanto normas gerais e abstratas); ii) a jurisdição é criativa porque reconhece institucionalmente normas gerais e abstratas ao se enfrentar os casos concretos; iii) legislação e jurisdição são duas formas de produção normativa distintas; iv) a produção normativa pela via jurisdicional está sujeita a limitações; v) na maior parte dos casos, as normas gerais e abstratas da jurisdição resolverão casos em papel colaborativo com a normas legais.

2.5. *RATIO DECIDENDI* E A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

É primordial, para devidamente operar precedentes judiciais, o domínio de categorias próprias de uma teoria dos precedentes judiciais. Nesse sentido, o presente capítulo tem o objetivo de apresentar e desenvolver conceitos básicos acerca da força vinculante do precedente e a metodologia adequado para sua interpretação e aplicação.

Primeiramente, a que se compreender o sentido da força vinculante de um precedente, isto é, investigar o conceito de *ratio decidendi*. Isso porque o que vincula efetivamente num precedente é sua *ratio decidendi*. Quando se fala em aplicar um precedente sob o caso em julgamento na verdade se está falando aplicá-la. Ela que é, portanto, obrigatória (Macêdo, 2022, p. 259-260).

Dois motivos justificam o desenvolvimento do conceito de *ratio decidendi*. Primeiro deles é quanto à necessidade de atribuir imperatividade a parcela da decisão diferente do dispositivo decisório. Já que o precedente judicial contribui para uniformidade de interpretação e aplicação do Direito pelos órgãos do Poder Judiciário e para a garantia de segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados, insuficiente seria garantir o simples efeito direto da decisão (*decisum*), bem como a coisa julgada que garante a sua imutabilidade. Referidos fins são alcançados ao se atribuir vinculação a parcela distinta do dispositivo (Marinoni, 2022, RB-3.2). Por isso, as razões de decidir (*ratio decidendi*) “encontram-se” prioritariamente na fundamentação da decisão, embora tanto o relatório quanto o dispositivo sejam relevantes para sua construção (Macêdo, 2022, p. 259; Marinoni, 2022, RB-3.2).

Segundo motivo que justifica o conceito de *ratio decidendi* é quanto a garantia da legitimidade da criação de normas pela jurisdição. A criação do direito pelo Poder Judiciário

demanda submissão ao contraditório, ao devido processo legal e ao princípio da inércia do Juiz (Macêdo, 2022, p. 258). Assumir que há produção normativa pela via jurisdicional perpassa também em prever limitações a esse poder. Nem tudo que se faz presente na decisão pretérita terá força vinculante na condição precedente judicial.

Daí surge o conceito de *obter dictum*: considerações de passagem feitas na decisão que não se submeteram ao contraditório das partes e que são irrelevantes para a decisão do caso, e, por isso, não são constituídas de eficácia vinculante (Macêdo, 2022, p. 286-287). Trata-se de conceito elaborado por exclusão: aquilo que não for *ratio decidendi* constitui *obter dictum*. Nos termos da teoria processual brasileira, *obter dictum* são fundamentos apresentados sobre pedidos não realizados e causas de pedir não formuladas pelas partes (Marinoni, 2022, RB-3.6). Como já referido, essa diferenciação tem a função de garantir a legitimidade do precedente (Macêdo, 2022, p. 258; Pinheiro, 2021, p. 174).

A *ratio decidendi*, a rigor, é a norma do precedente (Macêdo, 2022, p. 291; Pinheiro, 2021, p. 169). “O precedente judicial é texto, significativo, do qual se constrói uma norma, conhecida habitualmente como *ratio decidendi*. A estrutura da norma não é diferente por ser ela advinda de um precedente judicial.” (Macêdo, 2022, p. 291). O que significa dizer que interpretar um precedente é construir sua *ratio decidendi* (Marinoni, 2022, RB-3.5). O que significa dizer ainda mais: a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação da decisão, apresentando clara transcendência em relação a ela. Além de que, a terminologia “motivos determinantes” para se referir a *ratio* de um julgado mostra-se inadequada, pois remete a noção de algo que está “preso” a fundamentação de uma decisão. Seria como afirmar que enunciado legal contém em si um sentido e que tal sentido não fosse construído no processo interpretativo (Macêdo, 2022, p. 260-261).¹⁴

Verifica-se dificuldade quanto ao método de identificação da *ratio decidendi* no caso concreto. A dificuldade ao se aplicar um precedente é fruto de intensos debates e divergências na doutrina do *common law*. Não há consenso doutrinário quanto ao método mais adequado. Porém, com a finalidade de se preservar a legitimidade democrática do precedente, de forma a deixar e bem clara a diferença entre *obter dictum* e *ratio decidendi* (Pinheiro, 2021, p. 187) e tendo em vista que as *rationes decidendi* no direito brasileiro servem para resolução de questões jurídicas levantadas pelas partes ou de ofício pelo juiz (desde que submetida ao contraditório) (Marinoni, 2022, RB-3.16), toma-se as “*rationes decidendi* das decisões judiciais como as regras jurídicas utilizadas de modo explícito ou implícito em uma decisão judicial suficientes para a resolução de questões principais e prévias” (Pinheiro, 2021, p. 185).¹⁵

Para a interpretação de um precedente é fundamental dar atenção aos fatos tidos como relevantes na decisão. Os fatos tidos como substanciais para o deslinde da causa compõem o antecedente da *ratio decidendi* (Macêdo, 2022, p. 292). Diferenciam-se dos fatos do caso, já que aqueles constituem uma descrição dos fatos tidos como relevantes para decisão (Macêdo, 2022, p. 293; Marinoni, 2022, RB-3.13). Tratam-se de uma universalização dos fatos do caso, mediante uma categorização dos fatos em grau variável de abstração conforme enunciado pelo órgão judicial (Macêdo, 2022, p. 292). Quando a categorização dos fatos for mais abstrata, maior será o campo de incidência da *ratio decidendi* nos casos futuros. Assim, ao interpretar um precedente, deve-se buscar, prioritariamente, na fundamentação quais fatos foram tomados como relevantes para a decisão e quais “as generalizações utilizadas pela corte do precedente para classificar as circunstâncias do caso” (Pinheiro, 2021, p. 170).

Cabe análise quanto a aplicação de precedentes. A aplicação de precedente ao caso sob julgamento dá-se por juízo eminentemente analógico (Macêdo, 2022; Marinoni, 2022; Ribeiro, 2016): procede-se a comparação entre os fatos do precedente e os fatos do caso, de forma que, num primeiro momento, é possível afirmar: quanto mais similares sejam os fatos do precedente e do caso a ser julgado, maiores são as chances de incidência da *ratio decidendi* ao caso sob julgamento (Ferraz, 2017, p. 261). Contudo, dizer que fatos semelhantes ensejam mesmo tratamento jurídico é afirmação muito vaga, pois a dificuldade reside na avaliação dos casos concretos o que vem a constituir casos semelhantes (Alvim; Dantas, 2020, RB-2.10; Ribeiro, 2016, p. 116-117). Ainda, exigir uma identidade absoluta entre os casos para assim se proceder a aplicação do precedente é algo impossível (Macêdo, 2022; Marinoni, 2022), considerando que os casos nunca serão totalmente idênticos, o que inviabilizaria o raciocínio por precedentes. Daí decorre que a identidade a ser buscada entre os casos que justifique a incidência do precedente não é uma identidade absoluta, mas sim uma identidade essencial (Alvim; Dantas, 2020, RB-2.10).

A verificação dessa identidade confere papel fundamental ao órgão judicial aplicador do precedente, pois ele, mediante a interpretação do precedente e avaliação de quais circunstâncias do caso sob julgamento são relevantes para o deslinde da causa, aferirá se tais casos são semelhantes ou não (Macêdo, 2022; Ferraz, 2017, p. 222-224). Isso demonstra que o *stare decisis* não coloca os órgãos judiciários que se submetem a força vinculante do precedente como meros autômatos reprodutores de decisões judiciais pretéritas, mas sim no exercício de complexa função de comparação entre casos que ensejaria, ou afastaria, a incidência do precedente (Pinheiro, 2021, p.140-141).

Por fim, é crucial falar do *distinguishing* (distinção). Consiste em categoria aplicativa do precedente cujo obtive é verificar a incidência ou não do precedente ao caso sob análise (Macêdo, 2022; Marinoni, 2022). Diferencia-se do *overruling*: naquele constata-se que os casos são distintos ou semelhantes a ponto de afastar ou promover a incidência do precedente; enquanto neste há revogação do precedente, expurgando-o do sistema do direito positivo. Não se nega, pois, mediante *distinguishing*, a autoridade do precedente, trata-se meramente de juízo quanto a incidência de sua norma (Macêdo, 2022; Marinoni, 2022). Além disso, diferentemente do *overruling*, que só pode ser realizado pelo órgão que prolatou a decisão que constitui precedente, o *distinguishing* pode ser realizado por qualquer órgão judicial.

Essa prática é relevante, pois, ao julgar um caso que venha a configurar precedente judicial, o órgão prolator da decisão está restrito as circunstâncias fáticas do caso e às questões jurídicas debatidas no curso do processo. Nesse sentido, o próprio âmbito de incidência da *ratio decidendi* estará limitado as circunstâncias do caso concreto que originou o precedente (Macêdo, 2022). Assim, casos futuros poderão suscitar circunstâncias fático-jurídicas distintas do precedente: seja com fatos substanciais a mais que não se faziam presentes no precedente, seja com ausência de fatos substanciais que compuseram o precedente ou, ainda, enfrentamento de questões jurídicas não enfrentadas no precedente. Essas novas circunstâncias poderão provocar ajustes na *ratio decidendi* do precedente originário, expandido ou retraindo a extensão de incidência da norma do precedente, daí falar-se em distinções ampliativas ou restritivas (Macêdo, 2022; Marinoni, 2022).

Há contribuição desse funcionamento para a delimitação da *ratio decidendi*. Assim, caso um precedente apresente pouca clareza quanto a delimitação de sua *ratio*, uma série de distinções proporcionará maior clareza na construção de sua norma, delimitando-se, a partir de novos casos concretos, a extensão de seu antecedente e seu conseqüente (Macêdo, 2022, p. 307-308). Isso evidencia mais uma vez o papel fundamental exercido pelos órgãos que se vinculam aos precedentes, porque a sucessiva aplicação de precedentes corrobora esclarecimento da sua norma. Revela-se, também, a faceta das distinções não como mero mecanismo de averiguação da incidência da norma do precedente, mas também como mecanismo de desenvolvimento do Direito (Marinoni, 2022).

3. A APTIDÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA, PARA FORMAÇÃO DE PRECEDENTE OBRIGATÓRIO

3.1. A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Marinoni (2022, RB-4.7) e Mitidiero (2021, p.77-85) propõem modelo de divisão funcional entre os tribunais brasileiros. Dividem os tribunais em Cortes de Justiça e as Cortes Supremas. Estas seriam responsáveis por desenvolverem o Direito em papel colaborativo ao Poder Legislativo. Teriam, pois, função de enriquecimento normativo do sistema de direito positivo. Agem, para tanto, a partir de casos para desenvolver o Direito, fixando-se a interpretação definitiva sobre controvérsia até então pendente.

Assim, interpretam o direito com o objetivo de garantir unidade ao ordenamento jurídico. Configura-se função eminentemente prospectiva, já que não objetivam a regulação de litígios pretéritos, mas, sim, tomam o caso concreto como pretexto para fixação de interpretação que servirá de parâmetro para os demais órgãos jurisdicionais e para sociedade como um todo.

Utilizam-se, para referida função, de precedentes judiciais. Daí as considerarem como Cortes de Interpretação e de Precedentes. Somente elas, na medida em que responsáveis por darem a última palavra sobre determinadas controvérsias, fixariam precedentes detentores de eficácia obrigatória.

Seriam o STF, para matérias constitucionais, e o STJ, para matérias infraconstitucionais, típicas Cortes Supremas de acordo com o modelo teórico proposto pelos autores.

Por outro lado, as Cortes de Justiça têm por objetivo, não o enriquecimento do sistema de direito positivo, mas sim a resolução dos litígios que lhe são levados a apreciação. Interpretam o Direito para resolver casos. Agem, pois, em noção retrospectiva, já que visam a regulação de casos pretéritos. Além de que, seus pronunciamentos não configuram precedentes, mas operam mediante modelo de uniformidade da jurisprudência. Seriam, portanto, Cortes de Justiça os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais.

Mitidiero chega a afirmar que o art. 926, do CPC/2015, aplica-se às Cortes Supremas, e o art. 6º, do CPC/2015 às Cortes de Justiça (2021, p. 77-78). Bem como que o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 a 987, do CPC/2015) e incidente de assunção de competência (art. 947, do CPC/2015), não configuram precedentes, mas mecanismos de uniformização de jurisprudência (2021, p. 83).

Tal modelo teórica deve ser observada com ressalvas. Como adverte Macêdo, essa divisão causa confusão conceitual sobre a compreensão da atividade jurisdicional, já que, tanto o STF, quanto o STJ, não produzem unicamente decisões que têm o condão de constituírem

precedentes obrigatórios. Basta considerar as decisões proferidas por suas turmas ou mesmo as decisões monocráticas proferidas por seus ministros, decisões essas que não configuram precedentes obrigatórios. Ainda, pela crítica do referido autor, cria-se problema na própria definição do que vem a ser jurisprudência e o que vem a ser precedente, gerando confusão sobre conceitos há muito tempo amplamente conhecidos e desenvolvidos na doutrina do *common law*. Tomam precedente como precedente obrigatório e precedente persuasivo como jurisprudência. Esquecem que a eficácia do precedente não integra o conceito de precedente, já que a eficácia de um precedente é relativa. Veja-se, por exemplo, um precedente do STJ que é obrigatório para todos os órgãos judiciais subordinados a ele, será meramente persuasivo perante o STF (2022, 105-108).

Além de que, toma-se o conceito de precedente em função do órgão que o prolata, o que estranhamente exclui do conceito de precedente os incidentes de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas, tendo em vista que são proferidos pelos tribunais de segunda instância, reservando a elas o *status* de uniformização de jurisprudência. O CPC prevê expressamente, em seu art. 927, que as decisões proferidas por meio desses procedimentos serão de observância obrigatória. Ainda, constituem uma única decisão posta como paradigma, o que difere de jurisprudência (conjunto de decisões que reiteram determinada posição). Significa dizer: os Tribunais de segunda instância de acordo com o CPC, e de acordo com uma noção de *stare decisis* vertical, também produzem precedentes judiciais vinculantes.

Por todo exposto, faz-se ressalvas quanto a referida proposta teórica. Primeira delas é de que as Cortes Superiores (ditas Cortes Supremas) não possuem como sua única função o estabelecimento da unidade do direito mediante o estabelecimento de precedentes judiciais. O desenvolvimento do Direito, não se limita a tais Cortes, sendo decorrência natural do próprio exercício da jurisdição. Por fim, que a formação de precedentes obrigatórios não se restringe às Cortes Superiores, abrangendo também os Tribunais de segunda instância.

Porém, concorda-se com a função exercida pelo STF, em matéria constitucional, e pelo STJ, em matéria infraconstitucional federal, de desenvolvimento do direito em colaboração ao Poder Legislativo, na medida em que são órgãos que veiculam a última palavra sobre matéria respectiva. Mais propriamente sobre o STF, essa função é uma decorrência de sua competência para dar a última palavra sobre a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, tutelando a força normativa da Constituição e promovendo a unidade do direito, mediante a uniformização de interpretação dos enunciados normativos que vincularão os demais órgãos jurisdicionais (Marinoni, 2022, RB-3.21; Ferraz, 2017, p. 30-31; Torres, 2023, p. 320; Macêdo, 2022, p. 471-472).

3.2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Afirma Macêdo: “O controle incidental é o mais importante produtor de precedentes constitucionais obrigatórios, normalmente em sua realização pela via recursal no STF” (2022, p. 415). Dessa impactante informação, vislumbra-se o papel de destaque do recurso extraordinário no *stare decisis* brasileiro.

O recurso extraordinário, típico recurso de sobreposição e direito estrito¹⁶, tem função de velar pela harmonia do Direito, já que responsável pela última manifestação acerca do direito constitucional pela via recursal e também por ser cabível em hipóteses restritas que lidam diretamente com a interpretação constitucional (art. 102, III, CF).

Nesse sentido, o recurso extraordinário desempenha importante função nomofilática. Ao atribuir sentido a enunciado constitucional, promove-se unidade do Direito. Não se trata de função nomofilática nos termos clássicos de sua conceituação, de garantir a “vontade da lei”, como se houvesse um sentido intrínseco ao enunciado constitucional, mas, sim, numa adaptação desse, significando garantir a interpretação consentânea a CF (Alvim, Dantas, 2020, RB-4.3; Macêdo, 2022, 469-470).

Desempenha também função paradigmática. Isto é, o recurso extraordinário serve como modelo decisório para demais órgãos jurisdicionais independentemente da eficácia, obrigatória ou persuasiva, que o sistema jurídico fornece a elas (Alvim, Dantas, 2020, RB-4.6; Macêdo, 2022, p. 470). O recurso extraordinário carrega em si a potencialidade de estabelecer um padrão decisório aos julgados posteriores pelos órgãos judiciais inferiores ao órgão plenário do STF.

O que se quer afirmar é que mesmo sem a instauração de um sistema de precedentes obrigatórios, as funções atribuíveis ao recurso extraordinário se encaixam perfeitamente a um sistema de precedentes vinculantes, sendo inclusive potencializada por ele. O recurso extraordinário surge como mecanismo de formação de precedentes constitucionais por excelência, sendo peça central no do sistema de precedentes brasileiro (Macêdo, 2022, p. 472).

O *stare decisis* torna-se imperioso para a própria racionalidade do sistema com controle difuso de constitucionalidade. Como adverte Marinoni, com lastro nas lições de Mauro Cappelletti, a existência do controle difuso de constitucionalidade sem a vinculação a precedentes judiciais acaba por criar uma situação caótica, em que cada juiz tem o poder de afastar a aplicação da norma tomada por inconstitucional e, ainda, mesmo que já tenha declarada a inconstitucionalidade incidentalmente, poderá, em julgado posterior, tomá-la por

constitucional aplicando-a ao caso sob julgamento. Ainda pior: mesmo após o reconhecimento da inconstitucionalidade em caráter incidental pela Corte Superior responsável a dar a última palavra em matéria constitucional pela via recursal, os órgãos judiciais inferiores continuam a atribuir interpretação divergente da Corte, criando um contexto de estímulo a litigiosidade de diante a instabilidade da jurisprudência (2022, RB-1.17).

O cenário brasileiro encaixa-se perfeitamente ao acima delineado, já que opera sistema misto de controle de constitucionalidade, dada ausência de sistema de precedentes vinculantes, acabou gerando “[...] diferentes interpretações no exercício da jurisdição constitucional” (Ferraz, 2017, p.31).

Como assevera Macêdo (2022, p. 416), o recurso extraordinário tem função crucial para o direito constitucional brasileiro e para o sistema jurídico em sua totalidade, já que concretiza e determina normas e princípios constitucionais, daí que sua obrigatoriedade seja uma decorrência natural no sistema de precedentes brasileiro.

Por todo exposto, sua própria funcionalidade, hipóteses de cabimento e a existência do controle difuso de constitucionalidade, conclui-se que o recurso extraordinário carrega vocação por excelência para constituir precedente obrigatório no direito brasileiro, principalmente ao se estabelecer um sistema de precedentes vinculantes.

3.3 REPERCUSSÃO GERAL

A repercussão geral contribuiu para o reconhecimento às decisões em recurso extraordinário a condição de precedente obrigatório. Num contexto, como o brasileiro, desprovido de uma cultura dos precedentes judiciais, em que os órgãos jurisdicionais simplesmente se negam a aceitar a eficácia vinculante das decisões proferidas pelas Cortes Superiores, o instituto da repercussão geral tem papel fundamental para alteração desse cenário, promovendo, cada vez mais, maior aceitação quanto à eficácia vinculante dessas decisões, bem como melhor compreensão da sociedade das questões discutidas e decididas pela Corte (Mendes, Vale, 2023, p. 493-495).¹⁷

A repercussão geral, prevista no § 3º, art. 102, da CF, é determinada pelo §1º, do art. 1.035, do CPC: “Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.”. A repercussão geral erigi duplo critério para sua averiguação: requisito da relevância (econômica, política, social ou jurídica) e da transcendência (“que ultrapassem os interesses subjetivos do processo) (Ferraz, 2017; Mendes

e Vale, 2023, p. 485-486). Trata-se, ainda, de conceito jurídico indeterminado, a ser verificado casuisticamente (Tôrres, 2023, p. 321-322).

Dois caminhos indicam a relevância da repercussão geral para o estabelecimento de um sistema de precedentes: primeiro deles é quanto a compreensão de que o filtro recursal fortalece o STF na posição de Corte responsável por dar unidade ao direito e de tutelar da força normativa da constituição; segunda é que o instituto da repercussão geral está associado a um regime jurídico que prevê a multiplicação de efeitos quanto ao processamento da repercussão geral para casos idênticos.

Quanto ao primeiro argumento, há de se investigar as causas da criação do instituto da repercussão geral. A Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º, do art. 102, da CF, surge num contexto de exorbitante quantidade de recursos que estavam chega à Corte. Foi o dito período de “crise do STF”, ou de “crise do recurso extraordinário” (Alvim, Dantas, 2020, RB-5.6; Ferraz, 2017, p. 43-45; Tôrres, 2023, p. 316; Silveira, 2016, p. 22-23). Nesse sentido, a repercussão geral como filtro recursal foi pensando com a finalidade de desafogar o STF da quantidade de processos que, pela vultuosidade, prejudicou o exercício de sua função de conferir unidade do Direito mediante precedentes obrigatórios.

Assim, num primeiro momento, a redução da carga de trabalho da Corte, como um critério quantitativo, corrobora a atuação do STF de desenvolver o sentido da CF. A possibilidade de não julgar determinados casos, negando-lhes a repercussão geral, reforça a função especial exercida pela Corte e enfraquece a perspectiva de atuação como instância revisora de casos e de tutela de direito subjetivo das partes, fortalecendo, pois, o seu papel crucial no estabelecimento de interpretação consentânea à CF mediante os casos que são apreciados (Ferraz, 2017, p. 86; Marinoni, 2022, RB-1.17; Mendes, Vale, 2023, p.487).

Além disso, reforça um papel pragmático de atuação da Corte, permitindo que escolha casos mais relevantes, ou que, ao menos, evite o julgamento de casos irrelevantes, reforçando seu papel de desenvolvimento do direito condizente com os impactos dos seus precedentes (Macêdo, 2022, p. 472; Marinoni, 2022, RB-1.17). Trata-se de mecanismo que permite julgar com mais qualidade os casos relevantes e organizar sua pauta de julgamento.

É correto afirmar, portanto, que a existência de um filtro recursal fortalece função específica do STF, mesmo sem esmiuçar o regime jurídico da repercussão geral, com seus respectivos efeitos processuais.

Noutro sentido, a repercussão geral, à luz das consequências processuais que promove, reforça a compreensão de que os julgamentos de mérito em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida são precedentes judiciais obrigatórios. Esses efeitos expandem a

aplicação do julgado para controvérsias idênticas às julgadas sob o regime jurídico de repercussão geral, bem como trabalha com o regime de sobrestamento de feitos, aplicando-se aos processos sobrestados na origem aquilo que foi decidido pelo STF (art. 1.035, § 5º, CPC; art. 1.040, CPC). Além disso, obsta que casos idênticos cheguem novamente ao STF pela via recursal quando a decisão impugnada estiver de acordo com o decidido em repercussão geral (art. 1.030, I, a, CPC). Tais efeitos processuais previstos pela legislação que regulamenta o regime da repercussão geral são vistos pela doutrina como elemento a qualificar as decisões judiciais em regime de repercussão geral (Pinheiro, 2021, p. 70-71; Leal, 2023, p. 226-227; Ferraz, 2017, p. 131-132; Torres, 2023, p. 323).

Embora a doutrina, como acima referido, pressinta que a repercussão geral seja mais que um mero requisito de admissibilidade, dados os efeitos sistêmicos que referida decisão produz sobre o sistema judiciário, foram Mendes e Vale (2023) que bem capitaram os possíveis sentidos atribuíveis à expressão “repercussão geral”. Os autores demonstram a dupla acepção da expressão: 1) requisito de admissibilidade e 2) técnica de julgamento. Para tanto, traçam os caminhos que um recurso extraordinário percorre no STF, evidenciando que não são todos os recursos que passarão pela análise de sua repercussão geral. Somente serão julgados pela sistemática da repercussão geral os recursos que os ministros visualizarem a necessidade de formação de precedente obrigatório para estabilização de determinada interpretação constitucional. Logo, será evocada a análise do Plenário Virtual para averiguação da repercussão geral quando um dos ministros assim requisier.

Verificada a existência da repercussão geral, aqui na acepção de requisito de admissibilidade, será instaurado procedimento especial no STF de formação de precedente vinculante, assim denominado de “regime de repercussão geral”, aqui na acepção técnica de julgamento. Daí surgirão ao final, inclusive, as teses de repercussão geral.

O julgamento de mérito com repercussão geral reconhecido, formador das referidas teses de repercussão geral¹⁸, é procedimento especial entre os possíveis caminhos que um recurso extraordinário segue.

Por fim, demonstram os autores, que, quando CPC se refere ao “regime de repercussão geral”¹⁹, trata-se da acepção técnica de formadora de precedentes vinculantes.

A repercussão geral como técnica de julgamento guarda peculiaridades próprias, entre elas, a objetividade com que se trata a questão constitucional do caso. A questão constitucional assume um grau de abstração sobre o caso que a veicula. Conforme Ferraz, a repercussão geral não qualifica o recurso extraordinário, mas sim a questão constitucional proveniente do caso concreto. É a questão constitucional dotada de relevância e transcendência, não o recurso que a

veicula. Demonstra ela, como impacto dessa premissa, que a Corte apresenta grande maleabilidade sobre a escolha de um caso que melhor se adequa à formação de precedente, inclusive com a alteração de recurso afetado após o reconhecimento da repercussão geral (2017, p. 140-146). Prova dessa objetividade é a possibilidade de julgamento da questão constitucional mesmo após a desistência do recurso extraordinário, havendo, pois, julgamento abstrato, conforme preceitua o parágrafo único, do 998, do CPC (Macêdo, 2022, p. 473-474).²⁰

Por todo exposto, resta claro que a repercussão geral constitui instituto que corrobora o status de precedente obrigatório às decisões de mérito em recurso extraordinário, seja porque a existência de filtro constitucional altera o perfil funcional da Corte, seja porque a repercussão geral vai além de mero requisito de admissibilidade, tratando-se de verdadeira técnica de julgamento vocacionada a formação de precedentes obrigatórios.

Por todo o exposto até aqui, cabe breve análise quantos aos objetivos específicos propostos. Algumas proposições necessárias para a resolução do problema exposto já se mostram delineadas. Parece claro que o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida tem vocação por excelência para formar precedente obrigatório no direito brasileiro. Sua *ratio decidendi* constitui norma jurídica que vinculará os demais órgãos judiciais. O único órgão, de todo sistema judiciário nacional, que tem competência para revogar referida precedente, desde que demonstradas razões suficientes para tal, é o plenário do STF.

Ainda, por exemplo, se referida *ratio decidendi* impõe determinada interpretação sobre lei estadual (inclusive podendo versar sobre a inconstitucionalidade da norma), quando verificada leis de conteúdo semelhantes àquele em outros entes federados, deverá ela incidir sobre os casos disciplinados por esses diplomas legais semelhantes. Isso porque a *ratio decidendi* encontra-se, prioritariamente, na fundamentação da decisão e constitui uma universalização dos fatos do caso concreto. Pouco importa se a lei é do Estado X ou Y, o que importa, para averiguação de similaridade dos casos de forma a evocar a incidência do precedente, é a semelhança de conteúdo dos dois diplomas legais. Ademais: a aplicação de um precedente sobre o caso precedente é um juízo eminentemente analógico e não exige identidade absoluta dos casos. Significa dizer, portanto, que um precedente firmado diante um ente federado também gerará efeitos sobre outro ente federado que não compôs a relação jurídica processual do processo formador de precedente.

Enfim, parte do problema resta superado: precedente formado em sede recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, mesmo que constituído em face de um ente de federado, gerará impactos sobre outros. Resta saber, portanto, se há vinculação da Administração Pública no âmbito administrativo e não só após judicialização do conflito.

4. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRECEDENTES JUDICIAIS

Averigua-se a compatibilidade do regime jurídico administrativo com aplicação dos precedentes judiciais, isto é, se o agente administrativo, à luz da reforma paradigmática proporcionada pelo atual CPC, é obrigado a expedir atos administrativos em conformidade com precedentes judiciais obrigatórios. Questão outra, que não constitui o foco do trabalho, é sobre a operacionalização dos precedentes judiciais na seara administrativa, isto é, se reconhecida a obrigatoriedade, como se daria a organização interna da administração para garantir o cumprimento dos precedentes judiciais.

Além disso, o que se pretende debater são os termos gerais da vinculação da Administração Pública Tributária, seja a vinculação de um agente fiscal, de um julgador administrativo componente de tribunal administrativo fiscal, de membros da procuradoria pública, enfim, busca-se compreender se há um dever geral de condução do agir administrativo em conformidade aos precedentes judiciais obrigatórios, sem especificar um nicho, como seria, por exemplo, o dos tribunais administrativos fiscais²¹.

A norma de vinculação administrativa aos precedentes judiciais obrigatórios, para além daqueles que a CF expressamente prevê (as súmulas vinculantes e as ações em controle concentrado de constitucionalidade, art. 102, §2º e art. 103-A, CF), tende a ser construída a partir de princípios que norteiam Administração Pública. Nesse sentido, Oliveira (2018, p. 149) sustenta que o dever de vinculação seja uma decorrência dos princípios da isonomia (impessoalidade), da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima e da boa-fé. Pereira (2019, p. 12-15) acrescenta também o princípio da eficiência. Hachem (2015, p. 71) fundamenta tal dever nos princípios da igualdade, impessoalidade administrativa, segurança jurídica, proteção à confiança legítima e proibição de discriminação atentatória aos direitos fundamentais. Mendes e Vale (2023, p. 503) nos princípios previstos no art. 37, *caput*, CF, ínsitos a atividade administrativa. Silva (2019, p. 92-98) enumera os princípios da segurança jurídica, isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência. Enfim, há quase um consenso doutrinário sobre quais princípios devem fundamentar a obrigação da Administração Pública seguir precedentes judiciais. Nota-se que os princípios que pautam a administração pública (art. 37, *caput*, CF), adicionados os princípios da igualdade e da segurança jurídica fundamentam com precisão referido dever, havendo quase consenso doutrinário quanto a isso.

Em que pese o dever de vinculação seja facilmente construído pelos princípios acima apresentados, o problema é quanto as possíveis óbices que o regime jurídico da Administração Pública coloca. Ganham destaque os princípios da legalidade e da separação de poderes. Parte

da doutrina compreende que esses princípios limitam ou impede a vinculação da administração pública aos precedentes judiciais. Cumpre-se, pois, analisar se referidos princípios obstam, ou não, a construção de uma obrigação da Administração Pública diante os precedentes judiciais. Metodologicamente, há de se dar enfoque a esses possíveis fatores limitativos em contraposição aos princípios que fundamentam positivamente a vinculação administrativa aos precedentes judiciais, já que essa análise determina, ou não, a possibilidade de vinculação.

Barreto Júnior (2017, p. 144-151) ao analisar a possibilidade de vinculação administrativa aos precedentes judiciais e como isso afeta o princípio da separação dos poderes, pondera que, por si só, tal vinculação não afronta o princípio da separação dos poderes, dado que a própria CF prevê um sistema de “freios e contrapesos”. Nesse sentido, a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais não constituiria uma ingerência indevida do Poder Judiciário sobre Executivo. “É dizer, a interferência recíproca entre os Poderes, em vez de contrariar tal princípio, o ratifica, levando-se em consideração o modelo previsto constitucionalmente.” (Barreto Júnior, 2017, p. 146). Contudo, para o autor, a vinculação só poderia ser estabelecida, conforme se fez com as súmulas vinculantes e decisões em controle concentrado de constitucionalidade, com autorização constitucional expressa nesse sentido, pois se trata de tema materialmente constitucional, atinente a organização dos poderes (2017, p. 148-149). Logo, conclui o autor, que os precedentes judiciais sem previsão constitucional de vinculação têm força persuasiva diante a Administração Pública (2017, p. 173).

Oliveira (2019) em que pese reconheça os fundamentos acima referidos para a vinculação administrativa aos precedentes, bem como os benefícios da assimilação dos precedentes judiciais na atuação administrativa, ressalva que em função dos princípios da separação dos poderes, do princípio democrático, da legalidade e as regras de responsabilização do agente público faz-se necessária lei complementar que expressamente autorize o agente público a afastar normas jurídicas com base em precedentes judiciais (2019, p. 227-232). Com isso, propõe divisão entre os precedentes: os diretamente vinculantes e os indiretamente vinculantes. Os primeiros são os que possuem autorização constitucional para vincular a Administração Pública, isto é, as súmulas vinculantes e as decisões em controle concentrado de constitucionalidade e os segundos são os precedentes que carecem de lei complementar autorizativa para tal, quais sejam, o restante dos precedentes previstos no rol do art. 927 (2019, p. 232-234).

Discorda-se dos autores quanto a necessidade de enunciado prescritivo (constitucional ou infraconstitucional) que obrigue ou que autorize a vinculação da Administração Pública a aplicar, no âmbito administrativo, os precedentes judiciais vinculantes. Com base nas premissas

teóricas desenvolvidas nesse trabalho, o princípio da separação dos poderes e da legalidade não se mostram aptos a obstaculizar a vinculação administrativa aos precedentes judiciais.

Quanto ao princípio da legalidade, afirmar que ele impede a vinculação de precedentes judiciais em relação a Administração Pública é uma confusão sobre planos distintos, que não se confundem: o plano do enunciado prescritivo legal (plano de expressão) e o plano das proposições prescritivas e da norma jurídica (plano do conteúdo), ou seja, confusão do texto e o fruto da interpretação do texto.

Não há, pois, contradição entre a lei e o precedente. Ao se pleitear a incidência da norma de um precedente sobre o caso, não se nega a aplicação da lei ou da Constituição ou se afirma uma possível superioridade do precedente em relação a lei (Silva, 2019, p. 64), apenas se diz que a interpretação do enunciado prescritivo ocorra conforme o precedente. O precedente judicial, nesse caso, é crucial para a conformação da norma legal. Sua relevância é justamente para se resolver casos em que penda dúvida quanto a interpretação dos enunciados (Silva, 2019, p. 64-65).

Daí falar-se em precedentes determinativos ou especificadores (ver item 2.4, *supra*), responsáveis por delimitar a norma legal. Nesse sentido, inclusive, Pandolfo afirma: “O Código de Processo Civil em vigor reafirma, de maneira irretorquível, que o conteúdo de um precedente é o próprio conteúdo da lei por ele interpretada.” (2020, p. 188).

Ainda, a superação do princípio da legalidade administrativa pelo da juridicidade administrativa corrobora a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais (Lopes, 2018, p. 391; Morato, 2020, p. 62-69; Pereira, 2019, p. 14-15; Silva, 2019, p. 78-81). Partindo-se da premissa que o constitucionalismo contemporâneo impõe a vinculação da Administração Pública às normas constitucionais, e não somente às legais, há notória expansão normativa que vincula diretamente a Administração Pública. O princípio da juridicidade, engloba, pois, o principal da legalidade, impondo a vinculação da Administração Pública ao direito positivo em sua completude, não estando adstrita somente a “lei”. Considerando que o sistema de precedentes agrega normas ao direito positivo e levando-se em conta também a noção de juridicidade como vinculação ao Direito, tomado em sua integralidade (direito positivo), impõe-se que as normas jurisprudenciais componham referido bloco de juridicidade administrativa (Silva, 2019, p. 80). Portanto, estando a Administração Pública submetida ao princípio da juridicidade, está ela submetida aos precedentes judiciais vinculantes.

Por fim, quanto a separação dos poderes, também esse princípio não se encontra maculado dá vinculação da Administração Pública aos precedentes obrigatórios nos termos da legislação processual vigente. Conforme ressalta Silva (2019, p. 84) haveria possibilidade de

uma dupla violação à separação dos poderes: primeira no sentido de equiparação de jurisdição a legislação, como se o Poder Judiciário estivesse a produzir normas gerais e abstratas por meio de precedentes judiciais equiparadas a lei; segunda, que haveria ingerência indevida do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, na medida em que este deve vincular-se unicamente aos comandos oriundos do Poder Legislativo.

A primeira possibilidade de alegada agressão a separação de poderes resta derrotada pelas exposições contidas nos itens 2.2 e 2.4 *supra*.

Quanto ao segundo ponto, é importante visualizar o cenário em que haja um descompasso interpretativo entre a Administração Pública e Poder Judiciário. Isto é, que a Administração Pública apresente interpretação diversa da consolidada pelo Poder Judiciário por precedente judicial obrigatório (Hachem, 2015, 77; Silva, 2019, p. 86-87). Neste caso, cria-se contradição dentro do Estado (tomado em sua unidade de Poder): sobre a argumentação de defesa da separação dos poderes, gera-se desuniformidade normativa entre os poderes, o que acarreta descrédito do Estado perante a sociedade (Silva, 2019, p. 87).

Mais ainda, fazendo analogia ao exposto por Hachem sobre a tutela de direitos fundamentais sociais (2015, p. 77), cria-se situação perversa de contribuintes que fizeram valer seus direitos pela via jurisdicional e outros tantos sem tutela jurisdicional e com seus direitos lesados. Trata-se de admissão de situação que agride frontalmente a isonomia entres jurisdicionados e contribuintes, ou melhor, entre contribuintes “com sentença” e contribuintes “sem sentença”.²²

A questão que se coloca é: qual interpretação deve prevalecer nesse caso tendo por base o princípio da separação dos poderes? Partindo-se da premissa que compete ao Judiciário atribuir sentido aos enunciados normativos e desenvolver o Direito, já que é responsável por dar última palavra na resolução dos conflitos, inclusive com o revestimento da imutabilidade de suas decisões, sua interpretação deve prevalecer sobre a do Poder Executivo (Hachem, 2015, p. 77; Silva, 2019, p. 89). Nesse sentido, antes de violar o princípio da separação dos poderes, a vinculação administrativa ao entendimento judicial é garantir sua efetividade (Silva, 2019, p. 89). Quer dizer: a Administração Pública encontra-se submetida às leis criadas pelo Legislativo e interpretadas pelo Judiciário (Silva, 2019, p. 87).

Considerando-se uma interpretação sistêmica dos princípios da segurança jurídica, da efetividade, da igualdade, da imparcialidade e da moralidade, dos quais é possível construir o dever de vinculação administrativa aos precedentes judiciais e que referida proposição não ofende os princípios da legalidade e nem da separação dos poderes, torna-se dispensável a exigência de autorização normativa expressa a sustentar referida vinculação, sendo ela

decorrência de interpretação sistêmica do direito positivo (Hachem, 2015, p. 71; Oliveira, 2018, p. 152-153; Silva, 2019, p. 91-92).

5. CONCLUSÃO

Diante da problemática apresentada: uma decisão proferida em sede de recurso extraordinário, com o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional, teria o poder de vincular a Administração Pública de um ente federado distinto daquele que compôs a relação jurídica (seja recorrente ou recorrido) do recurso julgado? A resposta é afirmativa: há vinculação nos termos delineados pela questão. Não apenas o ente federado que participou do processo que originou o precedente obrigatório fica vinculado a ele, mas também a Administração Pública de outros entes federados.

Embora a resposta possa parecer insólita aos ouvidos de um jurista formado sob a matriz legal-positivista, uma compreensão aprofundada da reforma paradigmática imposta pelo novo CPC leva, de forma coerente, à resposta apresentada.

Nesse contexto, a assimilação das premissas de uma teoria dos precedentes judiciais se mostra imperativa para que os benefícios da segurança jurídica e da isonomia, pilares de um sistema de precedentes judiciais vinculantes, se estendam à esfera administrativa, na relação entre fisco e contribuinte. Isso se torna crucial ao considerar os impactos do *stare decisis* no direito brasileiro, tanto na teoria das fontes do direito quanto no próprio direito positivo.

A incorporação pelos sujeitos da relação tributária dessas proposições, aliada à correta aplicação e interpretação do precedente judicial, é um elemento que fortalece a segurança jurídica e a isonomia, prevenindo litigiosidade massificada, seja em instâncias administrativa ou judicial. Esse é o grande efeito prático almejado por este trabalho, para o qual acredita-se restar sua contribuição.

NOTAS EXPLICATIVAS.

1. Para mais detalhes sobre o histórico brasileiro acerca da tentativa de se estabelecer uniformidade da interpretação do direito pelo estabelecimento de eficácia vinculante dos precedentes judiciais Cf.: PINHEIRO, Victor Marcel. Decisões vinculantes do STF: a cultura de precedentes. São Paulo: Almedina, 2021, p. 33-62.
2. Trata-se de expressão latina utilizada para se referir a doutrina dos precedentes judiciais em sistema pertencentes a família do *common law*. A expressão completa é: *stare decisis et non quieta movere*. Numa tradução livre: “mantenhamos aquilo que foi decidido”.
3. O art. 927 do CPC apresenta um rol que não é constituído somente por precedentes. A exemplo disso, têm-se as súmulas, vinculantes ou não, que não constituem precedentes. Não há pacificação na doutrina quanto ao conceito de súmula, de sua respectiva função, de sua operacionalização e, até mesmo, quanto sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro; não obstante seja cediço em âmbito doutrinário que as súmulas não são precedentes. Nesse sentido, seguem diversas posições: “Súmulas, portanto, são enunciados que visam a retratar precedente, alocando-se em um nível acima do nível do precedente. Por essa razão é que obviamente devem se ater às circunstâncias fático-jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes (art. 926, § 2º, do CPC). Isso quer dizer que o legislador deveria ter dito que os precedentes – enunciados ou não em súmulas, vinculantes ou não – obrigam juízes e tribunais. Rigorosamente não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes” (Mitidiero, 2021, p.103). “Não digo, portanto, “súmula tal” e redação; assevero, nas entrelinhas, que estou mencionando um enunciado da súmula da jurisprudência dominante de uma corte. Isso porque a súmula não passa de um resumo da jurisprudência dominante da corte respectiva” (Silveira, 2016, p. 15). “Note-se, porém, que a súmula é o enunciado da tese de direito e não pode, como é óbvio, explicar os motivos da adoção da tese em face de uma determinada situação concreta.” (Marinoni, 2022, RB-4.2). “Precisamente, súmulas não são precedentes judiciais. Para criação de um enunciado sumular é estabelecido um procedimento específico e distinto do processo judicial, que enseja os precedentes judiciais. Bem-vistas as coisas, o precedente é elemento da hipótese fática da norma que permite a edição da súmula” (Macêdo, 2022, p. 654). Parece que a melhor concepção de súmula, sejam elas vinculantes ou não, é compreendê-las como uma indicação resumida da *ratio decidendi* dos precedentes que lhe deram causa. Isso garante que não ocorra uma limitação indevida da *ratio* a um mero enunciado, já que é impossível garantir uma expressão fiel da *ratio decidendi* a partir de enunciado sintético.

4. Pencak (2023, p. 700-701) aponta exemplos nos quais a Administração Pública manteve-se refratária a vinculação de entendimentos estabelecidos pelo STF. Entre eles cita o RE 330.817 (Tema 593) que reconheceu a imunidade tributária para *e-books* e *e-readers*, que, devido ao não cumprimento administrativo do precedente, fez-se necessária aprovação da Súmula Vinculante nº 57 (“A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se à importação e comercialização, no mercado interno, do livro eletrônico (e-book) e dos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores de livros eletrônicos (e-readers), ainda que possuam funcionalidades acessórias.”). Cita também o RE 851.108, em que ficou consolidado a vedação aos Estados e DF instituírem ITCMD com base no art. 156, § 1º, III, da CF, na ausência de lei complementar que regulamente tal possibilidade. Nesse caso, diante a recalcitrância administrativa ao entendimento firmado, foram propostas 24 ADIs contra outros Estados para implementação do precedente firmado em sede de recurso extraordinário. Ainda, coloca: “Todos esses são exemplos das nefastas consequências de coexistirem dois modelos de controles de constitucionalidade no país, mas com efeitos diferentes. Há o estímulo à litigiosidade, com a rotineira impetração de mandados de segurança para cumprimento das decisões do STF, na medida em que os órgãos administrativos, responsáveis pela constituição dos créditos tributários, não cumprem espontaneamente as decisões em repercussão geral e continuam a autuar. Além disso, os temas já decididos sob repercussão geral acabam retornando ao Supremo, seja por meio de proposta de súmula vinculante ou de ações de controle abstrato de constitucionalidade.” (Pencak, 2023, p.701).
5. O objeto de análise deste trabalho são os precedentes judiciais, que não se confundem com precedentes administrativos. Sendo os últimos entendidos “como a norma jurídica retirada de decisão administrativa anterior, válida e de acordo com o interesse público, que, após decidir determinado caso concreto, deve ser observada em casos futuros e semelhantes pela Administração Pública” (Oliveira, 2018, p. 95). Embora não se confundam, “há uma clara interseção entre os dois temas, já que a observância dos precedentes judiciais pela Administração é instrumentalizada por precedentes administrativos” (Silva, 2019, p. 53).
6. É relevante diferenciar precedente e jurisprudência. Há entre eles uma diferenciação de ordem quantitativa e outra de ordem qualitativa. Quanto ao critério quantitativo, a jurisprudência constitui um conjunto de julgados que reafirmam determinado entendimento. Por sua vez, o precedente consiste numa única decisão proferida em um caso concreto. Com relação ao qualitativo, o precedente opera-se pela veiculação de norma (*ratio decidendi*) que incidirá mediante um raciocínio analógico entre os fatos do caso do precedente e do caso sob julgamento. Enquanto a norma geral e abstrata da jurisprudência será aplicada sobre futuros

casos mediante raciocínio lógico-subsumtivo, já que sua norma desprende-se das circunstâncias fáticas dos casos que lhe originaram (Taruffo, 2007 *apud* Pinheiro, 2021, p. 155).

7. O *overruling*, a revogação do precedente, é categoria fundamental de operacionalização dos precedentes judiciais. Não será objeto de análise mais detida nesse trabalho, porém, brevemente, somente órgão judicial superior ou o próprio órgão prolator do precedente possuem competência para realizar *overruling*. Ainda assim, somente é possível a revogação quando satisfeito ônus argumentativo pelo julgador, isto é, quando demonstrar com clareza que as razões substanciais para revogação do precedente superam as razões de segurança (de manutenção do precedente). As razões substanciais podem versar sobre erro quanto ao conteúdo do precedente, visando sua correção; mudanças culturais, tecnológicas, sociais e morais que exijam um novo entendimento adequado ao contexto social; e alterações na compreensão jurídica. Encontra seu fundamento jurídico no VI, § 1º, art. 489, CPC.
8. “O plano de conteúdo do direito positivo (norma jurídicas) não é extraído do substrato material do texto, como se nele estivesse imerso, esperando por alguém que o encontre. Ele é construído como juízo, na forma de significação, na mente daquele que se propõe a interpretar seu substrato material. O suporte físico do direito posto é apenas o ponto de partida para a construção das significações normativas, que não existem senão na mente humana.” (Carvalho, 2009, p. 174).
9. O raciocínio exposto manifesta-se de forma semelhante, com algumas variações, nos trabalhos que tentam estabelecer o dever de seguir precedentes no direito brasileiro (Alvim; Dantas, 2020, RB-2.1; Araújo, 2016, p. 107-111; Macêdo, 2022, p. 149-175; Marinoni, RB-1.1-1.22). O que é relevante compreender nesse aspecto é a nítida, e acertada, posição da doutrina no sentido de que, antes mesmo de se propor a analisar as previsões legais sobre vinculação aos precedentes judiciais, ou mesmo se enveredar numa teoria dos precedentes judiciais, deve-se primeiro observar a forma como compreendemos o direito positivo e os impactos disso sobre a população (principalmente quanto a distribuição de justiça) para, a partir disso, debruçar-se sobre meios para se atingir os ideais de segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados, tal como a formulação de uma doutrina dos precedentes vinculantes no direito brasileiro.
10. Não são somente esses princípios constitucionais respaldam o dever de vinculação aos precedentes judiciais, embora sejam os principais. Além deles, Macêdo sustenta, também, os princípios da razoável duração do processo, da boa-fé, eficiência jurisdicional e economia processual como fundamentos para o *stare decisis* brasileiro (2022, p. 138-145).
11. Demonstrando a pauta do STF sobre a eficácia vinculante das suas decisões como “transcendência dos motivos determinantes”, Cf.: Pinheiro, Victor Marcel. Decisões

vinculantes do STF: a cultura de precedentes. São Paulo: Almedina, 2021, p. 75-103. Expondo também esse debate Leal (2023).

12. A imposição legal do sistema de precedentes vinculantes gera críticas por parte da doutrina, já que na tradição do *common law* o *stare decisis* estabeleceu-se por processo histórico/cultural (Ribeiro, 2016, p. 118). Em oposição a tal crítica, não se pode olvidar que a via legislativa constitui uma decisão política do legislador em modificar a cultura jurídica brasileira, bem como uma via de implementação atrelada a própria cultura legalista brasileira, daí a implementação por via legislativa (Amaral, 2016, p. 10-11; Araujo, 2016, p. 110-111). Não há, pois, deslegitimidade quanto a essa escolha. O que se exige é a adaptação dos operadores do direito para a devida compreensão e operacionalização do *stare decisis*. Operar precedentes vai muito além da formação dogmática e racionalista do jurista brasileiro, tendente a aplicar preceitos gerais e abstratos por método dedutivo/subsuntivo (Ferraz, 2017, p. 67-72). Assim, o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes brasileira, atenta as peculiaridades do sistema jurídico pátrio, é o caminho para se concretizar plenamente o *stare decisis*.
13. “A teoria dos precedentes judiciais obrigatórios parte da premissa de que há criatividade na atuação jurisdicional, mas, ao contrário do que se costuma aduzir, *não está preocupada em dar poderes aos julgadores*. Realmente, o *stare decisis* tem como maior mérito buscar que a aplicação do direito seja feita de forma mais racional e coerente, muito ao contrário de dar poderes aos juízes, ela lhes dá responsabilidades, restringindo o âmbito de discricionariedade na criação e fornecendo limites ou parâmetros para a decisão” (Macêdo, 2022, p. 183, grifos do autor)
14. Referente a terminologia tanto Leal (2023), Marinoni (2022) e Pinheiro (2021) equiparam o sentido de “motivos determinantes” à *ratio decidendi*. Tal equiparação de sentidos se dá no contexto dos debates jurisprudenciais ocorridos no STF acerca “da transcendência dos motivos determinantes” de suas decisões em controle abstrato e difuso de constitucionalidade. Bem como devido a utilização da expressão fundamentos determinantes, no art. 489, §1º, V, do CPC/2015. Claramente tais autores compreendem “motivos determinantes” como a *ratio decidendi* do precedente. Por rigor terminológico, estribado numa teoria dos precedentes judiciais, a última opção mostra-se mais adequada, pois evita a confusão entre a norma do precedente construída por processo interpretativo e a parcela do enunciado do precedente que exprima seus motivos determinante.
15. Macêdo sustenta a desnecessidade de método específico para definição da *ratio decidendi*. Para ele é desnecessário importar o problema do método, típico da tradição do *common law*, para a realidade pátria. Isso porque a interpretação de enunciados legais, embora existam diversos

métodos interpretativos para tal, inexistente definição de método que seja mais adequado. Alega que se superou a necessidade de método específico e único para interpretação legal e que isso deveria ser transposto para interpretação dos precedentes judiciais (2022, p. 266-270). Há de se discordar do autor, já que a interpretação de precedentes requer cuidados para que se evite a deslegitimidade do precedente judicial, evitando-se que a produção jurisprudencial do Direito se assemelhe a legislativa. Nesse sentido, as posições de Pinheiro (2021) e Marinoni (2022), que assumem posição próxima de Neil MacCormick, de *ratio decidendi* como regra jurídica suficiente para resolução de questão jurídica necessária para deslinde do caso, mostra-se mais adequada para preservação da legitimidade democrática do precedente.

16. Tomar um recurso como de sendo de direito estrito num sistema de precedentes é proposição que merece ser observada com cautela, pois pode indicar que não compete ao STF analisar fatos por meio de recurso extraordinário. Como já afirmado, um sistema de precedentes requer atenção aos fatos do precedente, principalmente ao utilizar raciocínio analógico para atrair ou negar sua incidência. É importante repensar a categórica proposição de impossibilidade de apreciação de fatos no recurso extraordinário. O que não se permite num recurso extraordinário é rediscussão da avaliação probatória das alegações de fato, isto é, rever os fatos tomados como verdadeiros para a aplicação do direito (Ferraz, 2017, p. 86; Macêdo, 2022, p. 468).
17. Pinheiro (2021, p. 99-103) e Leal (2023, p. 226-227) apontam, a partir de análise de jurisprudência do STF, como o instituto da repercussão geral foi crucial para que o STF compreendesse que suas decisões em controle difuso de constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário, constituem precedentes vinculantes aos demais órgãos jurisdicionais, vinculando eles aos “motivos determinantes” de suas decisões. Ainda, demonstram como o STF dissociou a eficácia vinculante dos julgamentos de mérito em recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, dá possibilidade de tutela dessa vinculação mediante propositura de reclamação. Há, pois, uma diferenciação entre assumir uma decisão com eficácia vinculante de seus motivos determinantes e os meios de tutela da referida decisão. Não é necessário, portanto, o mecanismo da reclamação para se conferir eficácia vinculante a determinada decisão.
18. As teses, pelo menos na forma como fixadas pelo STF, após o julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, constituem uma tentativa de expressão da *ratio decidendi* dos precedentes. São uma sumarização da *ratio decidendi* do precedente, isto é, um enunciado sintético que tenta exprimir e indicar a sua *ratio decidendi* (Pinheiro, 2023, p. 247; Mendes; Vale, 2023, p. 496). Trata-se de técnica deliberativa adotada pelo STF cuja finalidade é facilitar a localização da *ratio decidendi* de um precedente (Leal, 2023, p. 232;

Mendes; Vale, 2023, p. 496). Após a decisão do recurso os Ministros deliberam sobre a tese do precedente. Tal prática tem se tornado cada vez mais comum no STF, dado um contexto em que o volume de julgados e o modelo deliberativo do STF não colaboram para a identificação da *ratio* do precedente. Tem-se volume grande de julgados, o que dificulta a identificação de qual precedente seja vinculante. Bem como, um modelo deliberativo de votos individualizados e, geralmente, extensos, dificulta a identificação dos fundamentos compartilhados pela maioria dos Ministros e a diferenciação do que seja *obiter dictum* e *ratio decidendi* (Pinheiro, 2023, p. 255-257). Leal (2023, p. 232) e Ferraz (2017, p. 265-267) apontam erros cometidos pelo STF ao enunciarem teses extremamente curtas que expressam com pouca precisão a *ratio decidendi* do precedente. Sobre esse problema Pinheiro (2023, p. 250-252) aponta a irrelevância em se ter teses pouco precisas ou mais precisas, já que, o que vincula de fato, é a *ratio decidendi* do precedente que serviu de base para produção da tese. A tese age como um indicador para melhor delimitação da *ratio*, não se confunde com ela (Ferraz, 2017, p. 265-267).

19. Art. 1.030, I, a; art. 1.030, V, a; art. 1.035, §7º; art. 1.042, *caput*; art. 1.042, §2º, todos do CPC.
20. Cabe menção, nesse ponto, quanto aos debates acerca da “abstrativização” ou “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade. O controle difuso não se tornou objetivo, no sentido de equiparação entre efeitos do controle concentrado e difuso. O controle difuso continua sendo o que sempre foi. Porém, o que se alterou é a compreensão de que referidas decisões constituem precedentes obrigatórios. Nesse sentido: “De forma que não é preciso o raciocínio que, aproximando a ação direta e o recurso extraordinário, conclui não poder haver distinção entre os efeitos das suas decisões. É necessário perceber que a identidade de efeitos entre estas decisões não decorre do fato de o recurso extraordinário ter assumido os contornos do controle objetivo. Bem vistas as coisas, ocorreu o inverso. (...) Basta pensar na ideia de se atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes das decisões proferidas em ação direta. Como é óbvio, esta ideia não proveio da natureza do controle objetivo, mas da mera necessidade de se dar força aos fundamentos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.” (Marinoni, 2022, RB-4.12). Ainda: “(...) Na verdade, o que aconteceu foi a transformação do precedente do STF, que de meramente persuasivo passou a ser obrigatório” (Macêdo, 2022, p. 417). Nesse ponto insere-se também o debate acerca da mutação constitucional do art. 52, X, da CF. De forma que, a competência do Senado, para suspender os efeitos de norma declarada inconstitucional incidentalmente pelo STF, tornou-se mera publicização dos efeitos da decisão proferida em controle difuso pelo STF. Como assenta Pencak (2023), o STF entendeu pela mutação no RE 955.227 (tema 885), que trata dos efeitos da decisão em recurso extraordinário, reconhecida sua repercussão geral, sobre a coisa julgada tributária em relações jurídicas de trato

continuado. Nesse julgado, como demonstra a autora, por unanimidade, decidiu-se pela mutação. Nesse sentido, as decisões proferidas em controle difuso gozariam dos mesmos efeitos das proferidas em controle direto, inclusive vinculando a Administração Pública. Conforme destacam Macêdo (2022) e Marinoni (2022), essa equiparação é indevida, pois a competência do Senado para suspender norma legal opera em plano distinto do precedente judicial, com efeitos distintos. A resolução do Senado pela suspensão da lei declarada inconstitucional acaba com a vigência da norma, extinguindo *ex nunc* a produção de efeitos da norma (Pandolfo, 2020, p. 197-198). Já o precedente, por mais que negue eficácia de determinada norma, isso não se dá de forma absoluta, tendo em vista que esse precedente pode vir a ser revogado em decisão posterior. Por isso, é inapropriado falar em mutação constitucional, já que os efeitos da resolução do Senado e do precedente judicial são distintos. Afirma Pencak (2023) que essa mutação constitucional seria a resolução do problema da vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais formados em controle difuso. Há que se discordar da autora, porque da mutação não decorre necessariamente a afirmação de que a Administração Pública se encontra vinculada aos precedentes judiciais. Tal dever perpassa a devida compreensão dos impactos do *stare decisis* no direito positivo brasileiro (alteração das fontes normativas no direito brasileiro) e dos princípios que regem a Administração Pública.

21. Morato (2020) dedica-se a analisar os precedentes no âmbito do processo administrativo tributário, demonstrando como a desuniformidade do contencioso administrativo entre os entes federados gera dificuldades quanto a implementação dos precedentes no processo administrativo tributário. Domene (2021) realiza análise quantitativa para mensurar o grau de adesão a determinados precedentes no Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo e no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Ambos têm como foco a análise dos precedentes judiciais nos tribunais administrativos fiscais.
22. “A situação anti-isonômica vigente até ao julgamento do RE 955.227 era clara: quando a decisão em repercussão geral era desfavorável ao contribuinte, ou seja, era favorável à incidência da lei tributária, não era possível que ele se opusesse ao seu cumprimento por entender que só era aplicável às partes do processo, uma vez que a constituição do crédito tributário é feita pelo Poder Executivo. A decisão com repercussão geral ora era abstrativizada, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, quando a decisão era favorável aos entes, e ora é restringida, com efeitos que se limitam ao caso concreto, como nas situações citadas em que o STF declarava a inconstitucionalidade de determinada incidência tributária” (Pencak, 2023, p. 702).

REFERÊNCIAS.

- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. *E-book*. 6. ed. 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F112806871%2Fv6.2&titleStage=F&titleAcct=a0929674239840fc8958401643ee6233#sl=p&eid=67d1a9eacff07291507de936f39abba1&eat=%5Bereid%3D%2267d1a9eacff07291507de936f39abba1%22%5D&pg=II&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 21 out. 2023.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Precedentes e tetralogia de Streck**. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/29309760/Precedentes_e_a_Tetralogia_de_Streck. Acesso em: 2 out. 2023.
- ARAÚJO, Juliana Costa Furtado. O precedente no novo Código de Processo Civil e suas implicações tributárias. In: ARAÚJO, Juliana Cosa Furtado. CONRADO, Paulo Cesar (Coor.). 2. ed. **O novo CPC e seu impacto no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Fiscosoft, 2016.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2021.
- BARRETO JÚNIOR, Edvaldo Costa. **Precedentes judiciais e seus reflexos na administração pública brasileira: vinculação ou persuasão?**. 2017. 199 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2377?mode=simple>. Acesso em: 21 out. 2023.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8649>. Acesso em: 23 out. 2023.
- DOMENE, Vanessa Pereira de Rodrigues. **Aderência dos precedentes judiciais no processo administrativo tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GALVÃO, Lucas de Brito; MENDONÇA, Christianne Kandyce Gomes Ferreira de. A teoria das fontes do direito e os precedentes judiciais: uma análise à luz do constructivismo lógico-semântico. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Pernambuco, n. 13, v. 1, p. 53-71, 2021. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/224>. Acesso em: 23 out. 2023.
- HACHEM, Daniel Wunder. **Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais**: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, [S. l.], v. 15, n. 59, 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/64>. Acesso em: 23 out. 2023.

HALPERIN, Eduardo Kowarick. **Qual a força argumentativa dos precedentes no Direito Tributário brasileiro?** Revista Direito Tributário Atual, [S. l.], n. 41, p. 152-171, 2019. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/652>. Acesso em: 24 maio. 2023.

LEAL, Roger Stiefelmann. Efeito vinculante e ratio decidendi: 30 de oscilação e instabilidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira. PINHEIRO, Marcel Victor (Orgs.). **Súmulas, Teses e Precedentes: Estudos em homenagem a Roberto Rosas**. Rio de Janeiro: GZ, 2023.

LOPES, Alexandre dos Santos. Precedentes judiciais e administração pública: análise dos provimentos normativos elencados no art. 927 do CPC/2015. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória, v. 2, p. 378-395, maio. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19850>. Acesso em: 21 out. 2023.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F75380394%2Fv7.3&titleStage=F&titleAcct=a0929674239840fc8958401643ee6233#sl=p&id=fbf87d6a361d1de72a5fb2fa250ddcc7&eat=%5Bereid%3D%22fbf87d6a361d1de72a5fb2fa250ddcc7%22%5D&pg=RB-4.17&ppl=&nvgs=false>. Acesso em: 20 out. 2023.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MORATO, Victor de Augusto de Faria. **Precedentes vinculantes em matéria tributária**. São Paulo: Almedina, 2020.

OLIVEIRA, Carvalho Rezende Oliveira. **Precedentes no Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na administração pública: Limites e possibilidade de aplicação**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PANDOLFO, Rafael. **Jurisdição constitucional tributária: Reflexos nos processos administrativo e judicial**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2020

PAULO, Mendes; VALE, Tiago do. Repercussão geral no recurso extraordinário e fixação de teses. In: MENDES, Gilmar Ferreira. PINHEIRO, Marcel Victor (Orgs.). **Súmulas, Teses e Precedentes: Estudos em homenagem a Roberto Rosas**. Rio de Janeiro: GZ, 2023.

PEREIRA, Dayse Semeão. **Aplicação dos precedentes judiciais no âmbito da Administração Pública**. Caderno Virtual, [S. l.], v. 3, n. 45, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3943>. Acesso em: 21 out. 2023.

PENCAK, Nina Pinheiro. Os temas 881 e 885 da repercussão geral: cessação dos efeitos da coisa julgada em matéria tributária e a mutação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira. PINHEIRO, Marcel Victor (Coord.). **Súmulas, Teses e Precedentes: Estudos em homenagem a Roberto Rosas**. Rio de Janeiro: GZ, 2023.

PINHEIRO, Victor Marcel. **Decisões vinculantes do STF: a cultura de precedentes**. São Paulo: Almedina, 2021.

PINHEIRO, Marcel Victor. A fixação de teses pelo Supremo Tribunal Federal e a “sumulização” dos precedentes constitucionais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. PINHEIRO, Marcel Victor (Orgs.). **Súmulas, Teses e Precedentes: Estudos em homenagem a Roberto Rosas**. Rio de Janeiro: GZ, 2023.

RIBEIRO, Diego Diniz. Precedentes em matéria tributária e o novo CPC. In: CONRADO, Paulo Cesar (Coord.). **Processo tributário analítico: Volume III**. São Paulo: Noeses, 2016.

SILVA, Rebeca Santa Cruz. **A aplicação administrativa dos precedentes judiciais**. 2019. 162 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/38646>. Acesso em: 04 dez. 2022.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. **Precedentes Vinculantes**. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/23788362/Precedentes_vinculantes. Acesso em: 20 mai. 2023.

TÔRRES, Heleno Taveira. A repercussão geral no sistema brasileiro de precedentes. In: MENDES, Gilmar Ferreira. PINHEIRO, Marcel Victor (Orgs.). **Súmulas, Teses e Precedentes: Estudos em homenagem a Roberto Rosas**. Rio de Janeiro: GZ, 2023.