

O STF é um tribunal de teses?

Mudanças no processo decisório e redesenho do controle de constitucionalidade

Julia Wand Del Rey Cani¹

Resumo

O Supremo Tribunal Federal (STF) passou a fixar teses jurídicas tanto em casos concretos para além dos recursos extraordinários com repercussão geral, quanto em ações abstratas de controle de constitucionalidade. A adoção das teses, aparentemente, modifica a ideia tradicional de que decidir um caso concreto é diferente de decidir uma questão em tese, porque flexibiliza fronteiras processuais originais, à medida que pode expandir de forma vinculante os efeitos das decisões. O objetivo deste artigo é apresentar o contexto de utilização de teses jurídicas no processo decisório do STF e discutir possíveis implicações para fatores institucionais associados ao exercício do controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Processo decisório constitucional. Teses jurídicas. Controle de constitucionalidade. Mudança institucional.

¹ Doutoranda em Direito na Universidade de São Paulo (USP). É formada em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e mestre em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: wdrjulia@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4898-5262>.



Direito autoral e licença de uso: Este artigo está licenciado sob uma Licença Creative Commons. Com essa licença você pode compartilhar, adaptar, para qualquer fim, desde que atribua a autoria da obra, forneça um link para a licença, e indicar se foram feitas alterações.

I Introdução ²

O Supremo Tribunal Federal (STF) é um tribunal de teses? Algumas evidências indicam que sim; os próprios ministros dizem que sim. Mas o que é ser um “tribunal de teses”, em termos institucionais e decisórios concretos? Em última análise, essa é uma afirmação sobre sua própria identidade. No julgamento da questão de ordem na Ação Penal (AP) nº 606³, em 2014, sobre a subsistência da competência do STF para julgar réu que renunciou ao cargo político, o ministro Roberto Barroso afirmou que:

[...] o STF deve ser um tribunal de teses jurídicas, e não de julgamento de fatos [...]. Um advogado deve ter o direito de saber, ao traçar a sua estratégia, qual é a posição do Tribunal [...]. O STF deve ser um Tribunal, como regra geral, de teses jurídicas que possam orientar a boa aplicação do direito por todo o País. O STF, num modelo desejável, não deve ser um tribunal de fazer o varejo de casos concretos.

O então ministro Marco Aurélio Mello se recusou a votar a tese proposta por Barroso, afirmando: “[...] nós, juízes, não podemos adentrar essa seara. [...] Não atuo na cadeira do Supremo como consultor e não tenho que me pronunciar fora das balizas do processo, das balizas dos próprios autos, fazendo-o para casos futuros”.

Barroso e Mello estavam, nesse caso concreto e ao que parece, em polos opostos quanto à compressão do tipo de tribunal que o STF deveria ser. Foi o início de um confronto de concepções que se repetiu, nos anos seguintes, entre os demais ministros. Em 2016, durante o julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 166.373⁴, sobre a ordem de alegações finais no caso de corréus delatores, o ministro Dias Toffoli afirmou que “[...] o tema foi afetado ao plenário para fixação, independentemente do caso concreto,

2 Uma versão preliminar desse trabalho foi debatida no workshop *Mare Incognitum* e seminário de pesquisa do grupo Constituição, Política & Instituições, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Agradeço a todos os participantes pelos comentários que ajudaram a melhorar o texto. Especialmente, gostaria de agradecer a Ana Laura Barbosa, Camilla Gomes e Luiz Fernando Esteves por todas as sugestões. Várias das ideias aqui apresentadas foram publicadas, ao longo dos últimos anos, de forma resumida, no portal JOTA, coluna SUPRA. Disponível em: <https://www.jota.info/autor/julia-wand-del-rey-cani>.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 606. Relator Roberto Barroso. Julgamento em 07.10.2014.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 166.373. Relator Edson Fachin. Julgamento em 09.10.2019.

de uma tese”, “para ser seguida por todos os juízes e tribunais do país”. Ele foi contestado pelo ministro Alexandre de Moraes, que ressaltou ser o *HC* “uma ação concreta” e que não estariam “em sede de ação direta de inconstitucionalidade”. O ministro Luiz Fux considerou que “[...] se teve uma coisa que não se debateu foi o caso concreto, mas sim uma tese. Será que alguém aqui desconhece que esse julgamento do Supremo vai ter uma eficácia que transcende o caso concreto?”. Por fim, o ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que “[...] o compromisso do Supremo é com relação aos valores e princípios da Constituição. E não com os milhares de casos concretos aguardando julgamento”. O questionamento sobre o STF ser um tribunal de teses parte, desse modo, do discurso individual de cada ministro a respeito de elementos que vão além do mérito das decisões. Para muitos deles, o STF não deveria ser um permanente órgão revisor de decisões de outros tribunais e, sim, se ocupar da resolução de questões abstratas deslocadas dos fatos e dos casos concretos⁵. Para outros, as previsões normativas quanto aos ritos do processo decisório e efeitos originais das decisões para cada classe processual, por exemplo, não podem ser afastadas em benefício de uma compreensão específica acerca de um modelo ideal de identidade do tribunal. Concepções antagônicas à parte, traçar caminhos possíveis para analisar a identidade do tribunal requer, primeiramente, análise de fatores institucionais que contribuem, em última medida, para o redesenho de modelos originalmente previstos. No desenho de processo decisório adotado pela Constituição Federal, o STF, além de ser instância originária para determinados assuntos, atua tanto revisando o exercício da função jurisdicional pelas instâncias inferiores, quanto analisando, de forma concentrada e em abstrato, a validade de leis e atos normativos. Há quem defenda que, para além de revelar um acúmulo dos papéis de corte constitucional, última instância do Poder Judiciário e instância originária (VIEIRA, 2008, p. 444), falar em um “Tribunal Constitucional à brasileira” mostra, em verdade, uma “crise de identidade”, na medida em que

5 Parte da literatura sobre o STF se soma à defesa por modelos idealizados de tribunais. Para Patrícia Perrone (2019, p. 445) “[...] essa é a marca registrada desses anos do Ministro Roberto Barroso à frente do Tribunal: a inquietação quanto ao que precisa ser aprimorado, o recurso à academia para formular propostas de mudança e o esforço de empurrar uma agenda transformadora”; “[...] essas iniciativas representam uma contribuição importante do Ministro Barroso para o aperfeiçoamento do processo decisório do STF e favorecem a construção de um caminho na direção de uma Corte de Precedentes” (p. 464).

reformas constitucionais, legislativas e jurisprudenciais vêm moldando um caminho com particularismos importantes para transformação de seu desenho original (VERÍSSIMO, 2008, p. 410, 427).

Essa denominada “crise de identidade” está inserida em um contexto de expansão do controle concentrado de constitucionalidade⁶ e, nele, algumas práticas decisórias chamam atenção pelo potencial de acelerar o ritmo de tal transformação. Dentre essas práticas, está a possibilidade de se focar a questão de direito a partir da técnica de julgamento em tese ou de uma tese jurídica. A análise da prática decisória do STF é relevante, portanto, porque dela se extraem elementos para verificar, em estudos específicos, possíveis redesenhos em sua identidade ou no papel institucional do tribunal, que, como mencionado, acumula funções de instância revisora, foro especializado e corte constitucional. Caso seja possível, futuramente, identificar um procedimento padrão na adoção de teses jurídicas, esse seria um passo importante para o tribunal, que teria natureza mais próxima de uma corte constitucional que de um órgão revisor. Por ora, o enfoque será sobre o contexto de fixação das teses jurídicas. O controle de constitucionalidade concreto ocorre quando a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade faz parte do raciocínio jurídico a ser desenvolvido pelo juiz ao decidir. Já o controle via ação direta ocorre independentemente do caso concreto, quando há discussão abstrata sobre a validade da lei (SILVA, 2021a). Esse papel sobreposto destinado ao STF pode gerar resultados diferentes – isto é, o alcance de cada decisão poderá variar – dependendo da via processual que leva o tema para análise do tribunal. Caso seja por meio do modelo de controle concreto de constitucionalidade, como em um *habeas corpus*, os efeitos das decisões operam *inter partes*. Por outro lado, caso seja por meio de controle abstrato de constitucionalidade, como uma ação direta de inconstitucionalidade, os efeitos são *erga omnes*.

6 Patrícia Perrone (2008, p. 1) menciona um processo lento e paulatino de aproximação do nosso sistema jurídico ao sistema do common law, em que a ideia de vinculação das decisões possui papel central: “A indiscutível expansão do controle concentrado de constitucionalidade, as discussões empreendidas pelo STF acerca da eficácia transcendente da motivação nesta sede, e, finalmente, a criação da súmula vinculante, através da EC 45/04, apontam para um novo momento da hermenêutica constitucional. Tais fatos expressam a evolução dos mecanismos de jurisdição constitucional, no Brasil, para uma direção comum, de atribuição de forma vinculante e geral aos precedentes judiciais”. No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2004, p. 7): “Constata-se uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada”.

Até recentemente, era clara a ideia de que decidir um caso concreto era diferente de decidir uma questão em tese. Nesse sentido, o tribunal poderia ser chamado para se manifestar repetidas vezes sobre um mesmo tema caso a decisão em controle concreto de constitucionalidade não fosse seguida por um procedimento que tornasse vinculante tal entendimento, como a súmula. Nos últimos anos, contudo, a ideia de separação clara entre o significado de decidir um caso ou decidir uma tese ou em tese passou a apresentar contornos mais turvos e oscilantes. O que fez com que as fronteiras processuais originais ficassem mais flexíveis? O STF passou a fixar teses jurídicas em alguns casos concretos, para além dos recursos extraordinários com repercussão geral⁷. Disso decorre a possibilidade de os efeitos de uma decisão inicialmente proferida *inter partes* poderem se expandir para outros processos. Em outros contextos, há fixação de teses em ações abstratas, o que, por sua vez, levanta a possibilidade de alteração tanto na forma de divulgação do que foi decidido quanto na extensão da vinculação do que foi decidido. Em razão dessas possíveis consequências, é um problema não haver previsibilidade sobre o contexto de utilização de teses jurídicas no processo decisório, pois isso estaria flexibilizado o alcance de cada decisão de acordo com o tema debatido, ou qualquer outro fator conjuntural não sindicável. Partindo da premissa de que decidir um caso ou uma tese é um dilema enfrentado pelos ministros, busco responder duas dimensões de perguntas. Primeiramente, as que me auxiliarão na descrição do que ocorre

7 Sobre a repercussão geral especificamente para os recursos extraordinários, Estefânia Barboza (2014, p. 280) afirma que sua exigência para admissão do recurso “[...] demonstra a busca de objetividade no controle difuso, eis que, ao demonstrar a repercussão política, econômica e social, o que se verifica é que a proteção do STF acaba sendo em relação ao ordenamento jurídico dirigido à sociedade e não apenas o direito subjetivo discutido num caso concreto [...]”. O resultado dessas decisões também deve ter repercussão social, política ou econômica que justifique a regra de aplicação do precedente, devendo a decisão ter efeitos vinculantes e erga omnes”. Também especificamente sobre a repercussão geral nos recursos extraordinários, Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego (2017, p. 701, 702, 704, 705) afirmam que “[...] é possível constatar que [...] apenas uma em cada mil decisões do Tribunal foi proferida em processo cujo tema fora afetado ao regime de repercussão geral [...]”. Como se nota, a repercussão geral é um filtro de relevância que não tem impedido a chegada de 100 mil casos por ano ao STF nem desobrigado a Corte de proferir, aproximadamente, o mesmo número de decisões. [...] Esse descomunal número de processos torna insuficientes todos os esforços de contenção da demanda sobre o STF a partir de um filtro que opera, apenas, como instrumento de resolução de demandas repetitivas, ou de processos que possam ser agrupados em “blocos” em torno de uma tese [...]. E, mesmo quanto à tese filtrada, sempre será possível alegar que os casos concretos têm especificidades que escapam ao que foi decidido, implicando a necessidade de um novo exame particular. Em síntese: não se conseguiu até hoje, nem se conseguirá, reduzir a demanda sobre o STF com um filtro de escopo limitado”.

no processo decisório constitucional: O que é uma tese jurídica? Qual a função da tese? Como ocorre o julgamento por meio de tese? Qual caso levará a uma tese? Depois, a que me permitirá fazer, de forma preliminar, alguns apontamentos: Como a utilização de teses jurídicas afeta a configuração do controle abstrato e do concreto de constitucionalidade?

Os objetivos, desse modo, serão tanto descritivos quanto teóricos. Será descritivo, primeiramente, porque buscarei apresentar um mapa da utilização das teses jurídicas no STF. Quanto ao aspecto teórico, buscarei analisar uma pequena parte dos novos arranjos decisórios a partir de mudanças institucionais no processo decisório constitucional, nos efeitos das decisões, bem como na forma de divulgação da opinião do tribunal.

O texto que segue está estruturado da seguinte maneira. Na segunda seção, recorro à literatura sobre desenho institucional para elencar alguns fatores institucionais associados ao exercício do controle de constitucionalidade. Na terceira seção, parto da observação da prática decisória do STF para descrever o contexto de utilização de teses jurídicas para além dos recursos extraordinários com repercussão geral. Na quarta e quintas seções, busco analisar algumas mudanças institucionais associadas à utilização de teses jurídicas, apontando direções possíveis para novas agendas de pesquisa sobre o STF, e concluo.

2. Fatores institucionais associados ao exercício do controle de constitucionalidade

A forma como os fatores institucionais impactam no exercício do controle de constitucionalidade já foi analisada exaustivamente pela literatura. Para Tom Ginsburg (2003), a preferência por um determinado desenho institucional para a corte constitucional refletirá os interesses políticos dominantes. Nesse sentido, o desenho institucional atribuirá acessibilidade, força e poder ao órgão encarregado do exercício do controle de constitucionalidade na medida do otimismo ou pessimismo dos interesses políticos com relação à manutenção de seu poder.

No contexto específico da América Latina, Patricio Navia e Julio Ríos-Figueroa (2005) indicam que, para analisar características institucionais

dos modelos de controle de constitucionalidade, importa verificar o contexto regional que explica e dá condições para o desenvolvimento dos órgãos encarregados do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, correlacionam evolução do exercício do controle de constitucionalidade à independência do Judiciário.⁸ Em sua análise dos fatores institucionais relacionados ao exercício do controle de constitucionalidade, Virgílio Afonso da Silva (2019a) critica a concentração dos estudos na dicotomia abstrato *versus* concreto, e difuso *versus* concentrado, sugerindo que mais fatores institucionais sejam levados em consideração na classificação de tipos de cortes constitucionais, dentre eles: (i) quando exercer o controle, (ii) forma de nomeação dos ministros, (iii) composição do tribunal, (iv) duração do mandato, (v) forma de acesso ao tribunal, (vi) forma de deliberação e processo decisório, e (vii) efeitos das decisões. Essa visão não apenas identifica a complexidade das variações em torno dos fatores relacionados ao controle de constitucionalidade, como também chama atenção para o fato de que não é uma tipologia que determina certo padrão. Estudos em torno do contexto de aplicação de cada modelo é que vão definir como uma determinada tipologia deve ser construída.

A identificação e análise desses fatores institucionais contribuem para uma análise mais detalhada do desenvolvimento tanto do exercício do controle de constitucionalidade, quanto do desenvolvimento do órgão encarregado desse exercício. Isto é, a identificação clara dos fatores institucionais associados ao exercício do controle de constitucionalidade pode auxiliar na percepção de mudanças, mesmo que graduais. Em grande parte, a literatura brasileira (ARGUELHES; RIBEIRO; 2014, 2015, 2016; ARGUELHES; SUSSEKIND, 2018) já correlacionou fatores institucionais usualmente associados ao controle de constitucionalidade com a organização e atuação do STF.

8 Os autores Navia e Julio Ríos-Figueroa (2005) identificaram que, no passado, a prevalência de instituições democráticas fracas levavam à predominância de efeitos inter partes. No presente, ao contrário, o atual contexto de consolidação democrática e institucional fortaleceu o Judiciário, levando a um maior desenvolvimento do exercício do controle de constitucionalidade, que passa a combinar efeitos inter partes com efeitos erga omnes em suas decisões.

Nas últimas décadas, alterações constitucionais⁹, legislativas¹⁰ e jurisprudenciais promoveram reorganização de alguns fatores institucionais relacionados ao exercício do controle de constitucionalidade no Brasil (BARBOZA, 2014). A reforma constitucional que incluiu repercussão geral e súmula vinculante no texto da constituição exemplifica, em alguma medida, redesenho na forma de acesso, nos efeitos e na forma de divulgação da “opinião do tribunal”. Mudanças jurisprudenciais, como a interpretação do STF sobre a transcendência dos motivos determinantes, que primeiramente foi permitida e depois negada,¹¹ são também exemplos de redesenho institucional dos efeitos das decisões do STF. Outras mudanças ocorrem, aos poucos, de modo informal, e podem modificar, em um primeiro momento, fatores institucionais aparentemente menos abrangentes, como a organização do processo decisório.

3. Teses jurídicas e as mudanças no processo decisório

Inicialmente aplicada para recursos extraordinários – e, nesse caso, contando com alguma regulamentação da Constituição, do Código de Processo Civil e do Regimento Interno do STF –, a fixação de teses jurídicas vem também se expandindo para as demais ações de controle concreto e as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

O contexto de adoção de teses jurídicas pode ser lido a partir de alguns marcos. A análise de trechos do que os ministros expõem como suas compressões individuais sobre o tipo de tribunal que o STF deveria ser

9 Como exemplo das mencionadas alterações constitucionais, pode-se citar a Emenda Constitucional nº 3/93, que criou a ação declaratória de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe a repercussão geral, efeitos vinculantes e erga omnes para ações abstratas e a súmula vinculante.

10 Como exemplo das mencionadas alterações legislativas, pode-se citar a Lei nº 11.418/2006, sobre repercussão geral; a Lei nº 9868/99, que especificou procedimentos para ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade; a Lei nº 11.417/2006, sobre súmulas vinculantes; a Lei nº 11.672/2008, sobre recursos repetitivos; assim como o novo Código de Processo Civil, com a Lei nº 13.105/2015, cujo texto traz previsão de observação das “teses jurídicas” formadas nos julgamentos.

11 O ministro Gilmar Mendes observa que os limites objetivos do efeito vinculante representam problema de inegável relevo. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, segundo Mendes, fica claro que o efeito vinculante também seria estendido aos fundamentos determinantes da decisão, cuja eficácia deveria ser observada por todos os tribunais, não só com relação às premissas da parte dispositiva, como também com relação aos fundamentos determinantes da decisão – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1987. Relator Maurício Correa. Julgamento em 21.05.2004).

é importante porque mostra a existência ou não de consenso quanto à adoção de teses jurídicas ou decisões em tese como um procedimento padrão. O ingresso do ministro Roberto Barroso no tribunal foi, de fato, um incentivo para a adoção de teses. Inclusive, muitas de suas iniciativas ocorrem no âmbito da primeira turma, como nos casos da questão de ordem na AP nº 606, em 2014, já citada, e do *HC* nº 118.770¹², julgado em 2017, em que consta na ementa uma tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade”. Os ministros Marco Aurélio Mello e Alexandre de Moraes estão entre os que mais se opuseram à fixação de teses em outros cenários de ações concretas e em ações abstratas. Entretanto, a entrada em vigor do Código de Processo Civil (CPC), em 18 de março de 2016, mencionando expressamente o termo teses jurídicas em alguns de seus dispositivos (*e.g.* arts. 927, 979 e 988) e a recente aposentadoria de Mello, em 09 de julho de 2021, são eventos que, teoricamente, abrem espaço para ampliação da fixação de teses no STF. O julgamento da proposta de súmula vinculante nº 57,¹³ em 29 de junho de 2016, também pode ser considerado um marco para a adoção das teses. O então presidente, ministro Ricardo Lewandowski, propôs a continuidade no trabalho de publicação das teses de repercussão geral. Segundo Lewandowski, o setor de informática do STF desenvolveu um sistema para recuperação dessas teses de modo facilitado, em atenção ao art. 979, §§ 2º e 3º do CPC. Embora não tenham feito menção expressa a teses fora os casos de repercussão geral, os ministros, nessa ocasião, tanto reconheceram a relevância do julgamento

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118770. Relator Marco Aurélio. Redator para o acórdão Roberto Barroso. Julgamento em 24.04.2017.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante nº 57. Julgamento em 29.06.2016. Durante esse julgamento, o ministro Gilmar Mendes afirmou: “nós vamos caminhar no sentido de em algum momento talvez pensarmos até mesmo na atribuição de efeito vinculante da própria decisão que se toma em sede de repercussão geral. Quer dizer, hoje já elaboramos a tese – graças ao esforço de vossa excelência [Barroso] para sua elaboração – já nos aproximamos muito de um entendimento sumulado que facilita sobremaneira a indicação da decisão e resolve até um problema que é muito angustiante e que acontece em sede de ADI, ADC e outros procedimentos objetivos, qual seja, a identificação do fundamento determinante. Essa é uma dificuldade. [...] Especialmente diante da nossa técnica de votos autônomos. Com esse esforço de identificar a tese – às vezes, um esforço até maçante e desafiador – ao final nós temos como resultado algo sobre o qual o próprio tribunal se debruçou”.

de teses, quanto aprovaram uma súmula vinculante (nº 56) que fez em seu texto referência direta a uma tese fixada em repercussão geral e, coincidência ou não, foi a última súmula aprovada até 2020. A atuação de cada presidente do STF também é fator determinante para o contexto de aplicação das teses, porque suas preferências, de uma forma ou outra, acabam refletidas na condução dos procedimentos de trabalho do tribunal. Por exemplo, de 2016 a 2018, durante a presidência da ministra Cármen Lúcia, o site do STF apresentava a seção de “Jurisprudência”, que disponibilizava a base de pesquisa “Teses Jurídicas” dividida em três grupos: teses de repercussão geral, teses de controle concentrado e teses em outros processos. Posteriormente, a seção foi modificada e a base de pesquisa sobre teses jurídicas se restringiu “Teses com Repercussão Geral” e “Teses sem Repercussão Geral”. Ou seja, o registro de teses ficou novamente restrito aos recursos extraordinários. Hoje, “Repercussão Geral” é apresentada como uma seção autônoma, isto é, deslocada da seção “Jurisprudência”. Outra mudança relevante para as teses ocorreu durante a presidência do ministro Luiz Fux, que reformulou o Informativo de jurisprudência do STF, em 02 de dezembro de 2020. O novo formato apresenta em destaque a “tese oficial”, antes do resumo de cada decisão. Na apresentação do informativo no site, inclusive, o “Informativo STF” é descrito como periódico semanal que apresenta, de forma objetiva e concisa, resumos das teses e conclusões dos principais julgamentos realizados pelos órgãos colegiados – Plenário e Turmas –, em ambiente presencial e virtual.

Uma breve análise dos informativos de jurisprudência desde a inauguração desse novo formato mostra que foram fixadas teses jurídicas para além de recursos extraordinários com repercussão geral. Alguns fatos chamam atenção nesse novo contexto de votação de teses. Primeiramente, grande parte das teses foram fixadas em ações abstratas. Em segundo lugar, os ministros votaram tese quando houve julgamento conjunto. Em terceiro lugar, o ministro Roberto Barroso foi relator na maior parte das vezes.

Embora seja importante, esse breve relato resumindo mudanças gerais na adoção de teses não mostra como, de fato, teses são utilizadas no processo decisório do STF. Essa expansão da utilização das teses jurídicas para outros casos concretos e para ações abstratas é marcada, de forma geral, por imprecisões e oscilações da dinâmica decisória. Os exemplos a seguir, além

de ilustrar como o conflito caso *versus* tese aparece na prática, evidenciam nuances de se focar a questão de direito que se destaca do caso concreto. Enquanto decidir em tese é decidir o tema de forma abstrata, isto é, focar na questão de direito independentemente das particularidades do caso e da espécie processual em julgamento, fixar uma tese jurídica é cristalizar determinado entendimento do tribunal em um enunciado de texto, após colhidos votos dos ministros quanto à forma final da redação.

Nesse sentido, decidir uma tese não é condição necessária de decidir em tese. Igualmente, a possibilidade de decidir em tese não quer dizer necessariamente que haverá modificação do mérito da decisão.¹⁴ Esse enunciado pode conter, além da regra de decisão, questões relacionadas ao caso concreto ou, por outro lado, pode não apresentar nenhum elemento que o relacione àquele caso a partir do qual houve a tomada de decisão. Ou seja, é possível que a questão de direito trazida pelo caso e decidida pelo STF possa se deslocar das especificidades do caso concreto para estabelecer parâmetros a serem seguidos por decisões futuras.

3.1 O que é uma tese jurídica?

Para Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 580), as teses são “enunciados sucintos, semelhantes àqueles usados em súmulas vinculantes” que representam “parâmetro para produção dos efeitos vinculantes dos recursos extraordinários. Para Patrícia Perrone (2019, p. 456), são uma “[...] síntese que expressa a compreensão da Corte sobre a decisão que proferiu e, portanto,

14 No HC nº 118.533, o STF decidiu, por maioria, que o tráfico privilegiado de entorpecentes não tem natureza hedionda e isso porque abstrairam especificidades do caso concreto, ou seja, foi uma decisão “em tese”. Os ministros mencionaram, por exemplo, a “transcendência da matéria de direito”, que o caso concreto não era “boa moldura” para “a fotografia da tese” ou que “o quadro é gravíssimo, mas a tese era maior do que o caso”. Outra evidência foi a menção de dados estatísticos sobre o impacto da decisão no sistema carcerário. A ministra Cármen Lúcia chamou atenção para o fato de que, caso aprovada uma decisão em tese, as duas turmas não poderiam mais reconhecer o caráter hediondo do tráfico privilegiado: “Eu concordo que o quadro é gravíssimo, e não é o melhor caso. Mas a tese que foi trazida e que foi afetada ao Plenário. [...] a tese era maior do que o caso”. O ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, considerou que “[...] a discussão neste habeas corpus transcenderia os estreitos limites da proposta jurídica que nele se contém. [...] uma decisão no sentido da concessão da ordem, que eventualmente o STF venha a tomar neste julgamento, levaria à libertação imediata de 45% das mulheres presas atualmente”. O ministro Edson Fachin também considerou “[...] que o tema teria impacto inegavelmente imenso sobre o sistema carcerário, o que transcende este julgamento específico deste habeas corpus” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 118533. Relatora Cármen Lúcia. Julgamento em 23.06.2016.

de fornecer um ponto de partida que facilite aos juízes e aos jurisdicionados em geral acessar as razões dos julgados”. Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza (2017, p. 104-106) vão além, afirmando que, ao definir uma tese, o tribunal “normatiza”; ou seja, determina qual a proposição normativa, em seus detalhes, deve ser fixada.¹⁵

Juridicamente, o que é uma tese? Embora o regimento interno do Supremo não faça menção específica à delimitação ou votação de teses, o Código de Processo Civil usa o termo em algumas passagens. O §2º do art. 979, afirma que: “Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados”. Logo, as teses deveriam ir além de representar um simples resumo da decisão, na medida em precisariam apresentar os fundamentos determinantes da decisão, bem como os dispositivos normativos a ela relacionados.

A inclusão ou não de razões da decisão é algo que afeta também ementas, súmulas vinculantes ou mesmo a parte dispositiva dos acórdãos. As teses seriam, então, o mesmo que as ementas, súmulas ou a parte dispositiva dos acórdãos? Não, porque a edição de ementa contendo um resumo do que foi decidido é responsabilidade do relator do caso. Por esse motivo, em regra, restringe-se aos elementos do voto do relator ou ao que o relator julgar relevante extrair dos demais votos. Não raramente, fundamentos que apenas fizeram parte do processo de convicção do relator costumam integrar essa espécie de resumo do julgado. Também as súmulas vinculantes, verbetes editados após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, não trazem fundamentos da decisão em seu texto. Por fim, a parte dispositiva de sentenças e acórdãos, espaço em que são resolvidas as principais questões submetidas a julgamento, também não faz menção a fundamentos.

15 Para Sunfeld e Souza (2017, p. 104-106), o STF, um órgão jurisdicional, “[...] não sabe ainda exercer bem essa função normativa. O tribunal ainda decide mais segundo a lógica da somatória de votos (que vença a maioria) e menos pela busca do consenso (qual a melhor regra geral, que envolve esforços de convencimento entre os ministros). O esforço do tribunal tende a ser pouco eficaz se não houver consenso claro e seguro, entre os ministros, sobre qual a questão discutida [...]. Um pecado original mina esse empreendimento: a falta de regulamentação clara sobre como normatizar, atenta ao modo de declarar a questão constitucional e ao modo de declarar a orientação final do tribunal”.

Em verdade, sequer se pode dizer que a parte dispositiva é um resumo da decisão, porque nela consta apenas uma declaração simples sobre cabimento, não cabimento, procedência ou improcedência do pedido, constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Caso haja consenso sobre quando fixar uma tese jurídica, caso seu conteúdo seja determinado a partir de debates e consenso entre os ministros, caso inclua em seu texto expressamente motivos determinantes da decisão e tenha efeitos vinculantes sobre todos, a adoção de teses jurídicas poderia, teoricamente, modificar fatores institucionais relacionados ao controle de constitucionalidade, especialmente suprimindo inconsistências decisórias, como as acima apontadas.

3.2 Há intercambialidade entre teses e súmulas vinculantes?

Para Rogério Arantes, mudanças institucionais relacionadas ao exercício do controle de constitucionalidade representam marcos na direção da concentração gradual do controle constitucional no STF, com consequente “sufocamento do princípio difuso”. Um verdadeiro movimento de afastamento do modelo de controle de constitucionalidade concebido originalmente, no sentido de transformar o STF “numa quase corte” do modelo concentrado, sem que tal concentração fosse, contudo, acompanhada da vinculação dos órgãos judiciais inferiores à sua jurisprudência, como é feito nos Estados Unidos. Essa leitura da evolução do controle de constitucionalidade, do “puramente difuso” para uma “quase corte constitucional”, relaciona, assim, a “sobrevivência do princípio difuso” a uma precariedade do modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil (ARANTES, 1997, p. 101, 204-205).

As súmulas vinculantes, enunciados editados pelo STF após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, teriam surgido a partir da reforma do Judiciário em 2004 para corrigir a mencionada disfuncionalidade institucional do modelo do controle de constitucionalidade adotado no Brasil.¹⁶ Na mesma época, a Constituição Federal foi alterada para atribuir

¹⁶ Rogério Arantes (2003, p. 201) cita o “curioso do caso brasileiro que até a reforma constitucional do Judiciário em 2004, as decisões do STF – diretas ou na forma de recurso – não tinham força vinculante sobre as instâncias inferiores do Judiciário”. O que Arantes (2013, p. 201) classifica como “característica leporina do sistema brasi-

eficácia contra todos e efeitos vinculantes às decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, bem como houve criação da repercussão geral, que possibilitou a expansão do alcance das decisões do STF em sede de recursos extraordinários. Esse otimismo com relação aos benefícios trazidos pelas súmulas vinculantes, porém, ignorou tanto problemas experimentados por países que adotam esse tipo de vinculação no modelo difuso (SEGAL, 1996) quanto o fato de que os efeitos *erga omnes* empregados ao controle abstrato realizado pelo STF valem para a parte dispositiva dos acórdãos, e não para os motivos determinantes da decisão.

Esse cenário da prática decisória do STF mostra que a literatura sobre o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro assumiu que as súmulas vinculantes, mecanismos decisórios criados para corrigir falhas no desenho decisório, conseguiriam, a um só tempo, esclarecer *o que* havia sido decidido e “enquadrar” juízes, tribunais e toda a administração pública. Essa premissa acumulativa, isto é, que lança sobre esse mecanismo decisório a expectativa de equilibrar o alcance de decisões do STF, não se sustenta quando observamos o funcionamento do STF na prática. Por exemplo, em um determinado período, o STF mudou o foco da aprovação de súmulas vinculantes para a fixação de teses jurídicas, indicando que esses mecanismos não são usados como previstos normativamente e que sua utilização não se mantém consistente ao longo do tempo. Fazendo um recorte por biênios administrativos de cada presidente, verifica-se que, durante a gestão do ministro Ricardo Lewandowski, que assumiu em 19 de setembro de 2014, foram aprovadas 23 súmulas vinculantes. Na gestão da ministra Cármen Lúcia, nenhuma súmula vinculante foi aprovada. Na gestão do ministro Dias Toffoli, duas súmulas vinculantes foram aprovadas. Na gestão do ministro Luiz Fux, nenhuma súmula vinculante foi aprovada e, recentemente, durante a presidência da ministra Rosa Weber, uma súmula

leiro” foi parcialmente corrigido com a possibilidade de edição de súmulas de efeito vinculante sobre as demais instâncias do Judiciário e sobre a Administração Pública. Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 445) menciona que o Supremo “[...] sempre teve uma enorme dificuldade em impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. A falta de uma doutrina como a do *stare decisis* do common law, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do Supremo, gerou uma persistente fragilidade de nossa Corte Suprema”. Para Vieira (2008, p. 448), a adoção de da súmula vinculante, em 2005, “[...] sanou sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões por permitir a imposição *erga omnes* de suas decisões”.

vinculante foi aprovada. Enquanto há esse decréscimo na utilização de súmulas vinculantes, ampliam-se os contextos de utilização de teses jurídicas. Nesse sentido, é possível supor que súmulas vinculantes e teses sejam vistas pelos ministros como ferramentas funcionalmente equivalentes.

As súmulas são um mecanismo custoso – em termos de quórum e requisitos – exigem quórum mínimo de 2/3 dos ministros e reiteradas decisões sobre a matéria constitucional controvertida. As teses, em contraste, não exigem observação de nenhum desses requisitos formais, especialmente o quórum qualificado. Se teses e súmulas podem ser vistas como propostas para definir e expandir o alcance das decisões do STF, podemos especular que, nesse processo, os ministros oscilem quanto aos riscos de médio prazo de investir em teses para formalizar mudanças jurisprudenciais.

O art. 927, do Código de Processo Civil, “que trata da vinculação vertical e horizontal de juízes e tribunais”, menciona, no §2º, “[...] alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos”. Uma leitura possível desse dispositivo é no sentido de que os legisladores consideram existir uma tese dentro do enunciado das súmulas. Outra leitura poderia sustentar que o termo tese, nesse caso, foi usado como sinônimo de argumento, mas contra essa visão pesa a comparação com “julgamentos de casos repetitivos”, em que é inequívoca a existência de teses jurídicas, no sentido de enunciado autônomo.

3.3 Qual a função da tese?

Dentre suas funções, tornar claro *o que* foi decidido pelo tribunal, em um esforço para uniformização da interpretação constitucional. Outra função é sobre o *alcance* da decisão. Ou seja, a expansão dos efeitos de decisões que, em princípio, deveriam se manter *inter partes*, para além das partes envolvidas no processo e, mais especificamente, a expansão da parte vinculante do julgado para além do dispositivo.

Para Patrícia Perrone (2019, p. 458), seria uma forma de “[...] explicitar o entendimento do STF sobre outros julgados, gerando um ônus argumentativo para as partes e para os julgadores que pretendam decidir de modo contrário, e favorecendo uma cultura de atenção aos precedentes.” Virgílio Afonso da Silva (2021a, p. 49-50) menciona que seria uma “[...]

tentativa de introduzir algo semelhante a uma ‘opinião da corte’, existente em tribunais de outros países, em um processo decisório extremamente individualizado como o do STF”.

3.4 Como ocorre a fixação da tese?

Para Patrícia Perrone (2019, p. 456), a utilização de teses no processo decisório constitucional não altera o modelo agregativo de decisão, isto é, mantém a produção de votos em série, acrescentando apenas uma nova etapa ao final dos julgamentos, em que os ministros fixariam, em conjunto, “a tese que servia de base ao julgamento proferido pela maioria”. Na prática, usualmente o ministro relator dá seu voto já com sua proposta de enunciado de tese jurídica. À medida que os demais ministros votam, manifestam-se também sobre o enunciado de tese, propondo modificações ou mesmo apresentando texto concorrente de enunciado. Quando o relator não o faz, o presidente, ao final do julgamento, informa que colherá votos especificamente para a fixação de tese jurídica.

Importante aqui fazer a diferença entre a votação de tese no plenário físico e a votação de tese no plenário virtual. De acordo com a legislação, as teses estão associadas aos recursos extraordinários com repercussão geral e, na maior parte desses casos, o julgamento ocorre via plenário virtual. Desse modo, os ministros apenas aceitam, ou não, a proposta de tese que já vem embutida no voto do relator. Ou seja, no meio virtual, não há espaço para troca de argumentos sobre qual o texto ou quais os termos serão mais apropriados para constar da tese.

3.5 Qual caso levará a uma tese?

No âmbito do STF, sabe-se com segurança que os recursos extraordinários com repercussão geral apresentarão teses jurídicas. Para os demais casos de controle concreto de constitucionalidade e para ações abstratas, a fixação de uma tese jurídica dependerá da vontade dos ministros, especialmente do relator e do presidente, pois são aqueles que, em regra, assumem essa iniciativa. A observação da prática decisória do STF, contudo, mostra que já houve fixação de teses jurídicas para *habeas corpus*, ação direta de inconstitucionalidade, ação penal etc (SILVA, 2021a, 2021b; PERRONE, 2019).

Enquanto no site do STF, o repositório de teses jurídicas continua restrito aos recursos extraordinários com repercussão geral, na prática decisória, as inovações em torno da utilização desse mecanismo não apenas se consolidam para além da repercussão geral, como também passam a aprofundar diferentes aspectos do alcance da decisão. Nos exemplos a seguir, busco apresentar algumas práticas de julgamentos em tese ou de uma tese. Dentre elas, julgamentos que envolvem: (a) Tese em RE com repercussão geral; (b) Tese em outros casos de controle concreto, como HC e AP; (c) Tese em ADI; (d) Tese e pauta conjunta de ação de natureza concreta e ação de natureza abstrata de controle de constitucionalidade; (e) Tese e modulação dos efeitos da decisão; (f) Participação na construção da tese de ministros vencidos no mérito de decisão; (g) Tese como instrumento de vinculação geral das decisões.

3.5.1 Tese em RE com repercussão geral: inclusão expressa do fundamento determinante da decisão

A inclusão dos fundamentos determinantes da decisão em um enunciado conciso como uma tese jurídica não é exatamente uma novidade no processo decisório do STF. Já ocorreu, por exemplo, no RE nº 583.523¹⁷, em que se fixou a tese de repercussão geral: “O art. 25 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941) não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por violar os princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da isonomia (CF, art. 5º, caput e I)”. A leitura da tese indica quais as violações de princípios constitucionais que causaram a não recepção. Embora haja outros exemplos nessa linha, essa não é a regra para esse tipo de enunciado editado pelo STF. Em sua maioria, as teses funcionam como uma síntese ou conclusão do tema julgado, sem maiores explicações sobre o porquê de se chegar àquela determinada decisão. É o que se pode observar, por exemplo, na tese editada para o RE nº 605.533¹⁸: “O Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença”.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 583.523. Relator Gilmar Mendes. Julgamento em 03.10.2013.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 605.533. Relator Marco Aurélio. Julgamento em 15.08.2018.

3.5.2 Tese em outras classes processuais

3.5.2.1 Ação penal

3.5.2.1.1 QO AP nº 606 – AP nº 937 – AP nº 981

Na Ação Penal nº 606¹⁹, sobre a subsistência da competência do STF para julgar réu que renunciou ao cargo político, um ex-senador foi investigado por crimes de peculato e lavagem de dinheiro e, após renúncia ao cargo, os autos foram devolvidos à primeira instância. O ministro Roberto Barroso, como relator, sugeriu que utilizassem aquele caso para estabelecer um marco temporal para fixação da competência do STF como foro especial e que isso constasse de uma tese jurídica.

Não obstante a tentativa do relator, o ministro Marco Aurélio manteve-se firme em seu posicionamento quanto ao papel do STF na análise de casos concretos: “Porque estaremos, então, decidindo em tese, não no caso concreto. Nós, juízes, não podemos adentrar essa seara”. Para o ministro, haveria “[...] insegurança quando se abandonam os parâmetros normativos, principalmente constitucionais, para decidir-se a partir de um subjetivismo maior”.²⁰ Entre a delimitação de uma tese jurídica para orientação da comunidade jurídica e a manutenção da decisão nos limites do caso concreto, a turma optou por um caminho intermediário. Não julgaram uma tese jurídica propriamente dita, mas a decisão contou com um grau de abstração suficiente para estabelecer um parâmetro a ser seguido: o marco do final da instrução processual como limite para deslocamento da competência.

O tema foi novamente debatido na AP nº 937²¹. Ao réu Marcos da Rocha Mendes imputava-se compra de votos durante campanha para se eleger prefeito em 2008. Depois de eleito prefeito, foi federal, e se afastou do cargo; voltou e, em seguida, renunciou para assumir novamente o cargo de prefeito. Face às inúmeras modificações de competência nesse caso, o STF, por maioria de votos, fixou a seguinte tese de julgamento:

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 606. Relator Roberto Barroso. Julgamento em 12.08.2014.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 606. Relator Roberto Barroso. Julgamento em 12.08.2014.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 937. Relator Roberto Barroso. Julgamento em 03.05.2018.

“Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

O tema voltou a ser debatido na AP nº 981²², em que era réu o ex-senador Ivo Cassol pelo crime de calúnia, e trouxe novamente o tema ao STF. Dessa vez, por maioria, houve a prorrogação de competência do STF para continuar o julgamento da ação penal, fazendo referência à tese formada no julgamento da AP nº 937.

Como se observa, a tese jurídica que tratou da prorrogação da competência do STF para processar e julgar ações penais foi sendo delimitada ao longo desses julgamentos como um entendimento em abstrato do tribunal, deslocado das circunstâncias que envolviam os casos concretos. Os efeitos da decisão tomada na AP 606, embora valessem *inter partes*, foram estendidos para AP nº 937, onde se formou a tese propriamente dita, e essa repercutiu diretamente como um precedente para a decisão do tribunal na AP nº 981.

3.5.2.2 Habeas Corpus

3.5.2.2.1 HC nº 152752 – HC nº 126292

Ao votar no *HC* nº 152752²³, em 2018, a ministra Rosa Weber fez referência à tese consagrada pelo plenário no julgamento do *HC* nº 126292²⁴:

[...] a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 981. Relator Marco Aurélio. Julgamento em 19.12.2019.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152752. Relator Edson Fachin. Julgamento em 05.04.2018

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126292. Relator Teori Zavascki. Julgamento em 17.02.2016.

Weber fez uma ressalva da sua posição pessoal quanto ao tema – discordando de execução provisória – para defender que o propósito institucional do STF é ser uma corte constitucional.

Compartilho da visão de que os juízes, individualmente considerados, de uma Corte Constitucional estão a serviço de um propósito institucional. O incremento da cultura constitucional e da legitimidade da jurisdição constitucional no corpo social e dos demais atores institucionais da democracia deve ser fomentado, precipuamente, por este STF. [...] Não obstante, ainda que a decisão proferida por esta Suprema Corte em repercussão geral careça da força do efeito vinculante propriamente dito, penso que o devido equacionamento da extensão de sua eficácia não pode deixar de levar em conta que, na jurisdição constitucional, a coisa transcende a sua clássica função de amparar direitos subjetivos. [...] Trata-se, no mínimo, de precedente da Corte que deve ser reconhecido, pelo menos, como ponto de partida, como indicador da forma de interpretar o Direito. A doutrina do precedente, hoje acolhida no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, estabelece um padrão de equidade e coerência normativa decisória – previsibilidade e fortalecimento da instituição – para o exercício da jurisdição.

3.5.2.3 Tese em ADI

Para o ministro Roberto Barroso, haveria previsão implícita para edição de teses no art. 988 do Código de Processo Civil (CPC)²⁵. Além de prever possibilidade de reclamação para garantir observância de súmula vinculante e de decisão do Supremo em controle concentrado, consta que ela seria cabível inclusive quando houver aplicação indevida da tese jurídica ou sua não aplicação. Para alguns, se o tribunal adotar a prática de editar tese jurídica em ações diretas, impediria que outros tribunais interpretassem e definirem o conteúdo de decisões do STF. Disso pode decorrer maior segurança quanto à determinação do que foi decidido. Nada garante, contudo, que a decisão será explicitada na tese da melhor forma possível, nem que, na formulação da tese, não haja uma expansão injustificada ou arriscada do objeto da ação.

25 Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. [...] § 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

3.5.2.3.1 ADI nº 5468

O STF julgou a ADI nº 5468²⁶, sobre a possibilidade de controle material e formal da lei orçamentária anual. Nesse julgamento em abstrato, o ministro Roberto Barroso mencionou que o art. 988 do novo CPC diz que “Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”. Para Barroso, dispositivos assim exigem clareza na formulação *do que*, de fato, o tribunal decidiu em um dado caso e essa prática seria um bom antídoto para um antigo problema do processo decisório do tribunal: a multiplicidade de fundamentações diferentes para cada voto dos onze ministros. Votar uma tese seria apresentar um denominador comum. Nas palavras de Lewandowski: “[...] a tese já está implícita, o que se faz é explicitá-la”. Durante esse julgamento no plenário, Marco Aurélio se opôs à própria formulação da tese, sem entrar no mérito de seu conteúdo, por considerar que “[...] não cabe emitir tese, como se estivéssemos em um RE com repercussão [geral]. Esse papel cabe ao legislativo porque o pronunciamento em ADI não vincula o Legislativo”.

Ao fim, não só o STF aprovou uma tese na ADI nº 5468, como construiu da parte dispositiva do acórdão o seguinte:

[...] o tribunal, por unanimidade, aprovou tese fixada nos seguintes termos: “Salvo em situações graves e excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da administração pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no art. 166, § 3º e § 4º, da Constituição Federal”.

3.5.2.3.2 ADI nº 2167

No julgamento da ADI nº 2167²⁷, o governo de Roraima questionou emenda à constituição estadual que estabelecia submissão prévia à Assembleia Legislativa de indicados pelo executivo a cargos na estrutura do estado.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5468. Relator Luiz Fux. Julgamento em 29.06.2016.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2167. Relator Ricardo Lewandowski. Redator para acórdão Alexandre de Moraes. Julgamento em 03.06.2020.

O tribunal, por maioria, julgou inconstitucional essa exigência de submissão prévia. Essa decisão de inconstitucionalidade, em teoria, só valeria para o estado de Roraima, porque, nas ações diretas, é apenas o dispositivo do acórdão que tem poder vinculante e a eficácia contra todos não abrange o Legislativo.

Ao debaterem a possibilidade de formular tese jurídica nesse julgamento, os ministros consideraram, por um lado, o dever de clareza com a sociedade, bem como com demais tribunais que aplicarão a decisão no futuro, que se materializaria na explicitação da tese de julgamento da posição majoritária do STF. Por outro, consideraram não haver previsão normativa para edição de tese jurídica nos processos do controle concentrado de constitucionalidade. Por isso, antes de finalizar o julgamento da ação direta, sugeriram levar a questão para discussão em sessão administrativa, em que o tribunal poderia, inclusive, pensar em alteração de seu regimento interno no sentido de prever expressamente o cabimento de tese jurídica para ações concentradas. Embora os ministros tenham até mesmo debatido o conteúdo possível de uma tese nesse julgamento, adiar a proclamação final do resultado foi a saída encontrada para – nas palavras do ministro Ricardo Lewandowski – promover uma “maturação mais profunda” da questão.

3.5.2.3.3 ADPF nº 706 e ADPF nº 713

No julgamento conjunto das ADPF nº 706²⁸ e ADPF nº 713²⁹, o STF, por maioria, julgou inconstitucionais decisões que determinaram concessão de descontos pelas instituições de ensino superior de todo o país devido à Covid-19. De acordo com parte da proposta da ministra relatora, Rosa Weber, foi fixada a seguinte tese: “É inconstitucional decisão judicial que, sem considerar as circunstâncias fáticas efetivamente demonstradas, deixa de sopesar os reais efeitos da pandemia em ambas as partes contratuais, e determina a concessão de descontos lineares em mensalidades de cursos prestados por instituições de ensino superior”. A relatora havia sugerido uma segunda par-

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 706. Relatora Rosa Weber. Julgamento em 18.11.2021.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 706. Relatora Rosa Weber. Julgamento em 18.11.2021.

te da tese em que estabelecia detalhes de como ocorreria a caracterização vulnerabilidade econômica e da onerosidade excessiva em contratos de prestação de serviços educacionais. O ministro Gilmar Mendes se opôs à fixação desse detalhamento e sugeriu que essa parte do enunciado tivesse efeito “[...] *obiter dictum*, isto é, servirá como argumento para completar o raciocínio, mas que não desempenha papel fundamental na formação do julgado”. Situações fáticas como a situação econômica dos estudantes e possíveis perdas financeiras sofridas pelas instituições de ensino deverão ser analisadas caso a caso pelo Judiciário (MAIA; CARNEIRO, 2021).³⁰ Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes preocuparam-se com a vinculação da tese jurídica que estava sendo julgada. Mendes mencionou, inclusive, que estabelecer conteúdo amplo da tese conforme proposto poderia trazer à análise do tribunal inúmeras reclamações, o que provocaria insegurança jurídica. *A contrario sensu*, vê-se que os ministros, por maioria, atribuíram efeito vinculante à primeira parte da tese.

Seria possível afirmar que cabe reclamação para garantir a observância de decisão do STF, em controle abstrato, com base na tese jurídica? O tribunal, atualmente, nega a teoria da transcendência dos motivos determinantes, afirmando que somente o dispositivo da decisão produz efeito vinculante. O art. 979, §3º, do Código de Processo Civil, prevê a necessidade de “registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados”.

3.5.4 Tese e pauta conjunta de ação de natureza concreta e ação de natureza abstrata de controle de constitucionalidade

Essa prática decisória envolve pautar e julgar simultaneamente espécies processuais distintas que tratam de uma mesma questão jurídica e pode representar mecanismo informal de modificação do processo decisório. A escolha pelo julgamento em conjunto e aprovação de uma tese única a partir dele, inclusive com a exposição de votos únicos pelos ministros, parecem

30 Trecho do artigo “Decisões judiciais que deram desconto em mensalidades escolares não têm validade” (MAIA; CARNEIRO, 2021), disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-decisoes-judiciais-que-deram-desconto-em-mensalidades-escolares-nao-tem-validade-18112021>.

buscar conceder maior força à decisão do STF. Hoje, há uma liberdade de escolha entre selecionar uma controvérsia concreta ou um julgamento de uma lei em tese, quando questões constitucionais idênticas estão em jogo. A esse respeito, Ana Laura Barboza (2023) já identificou os problemas de inconsistência e incoerência que podem decorrer dessa prática, propondo como solução a deliberação prévia, entre os ministros, sobre qual caso selecionar para julgamento: a ação de controle abstrato ou a ação de controle concreto.

3.5.4.1 PET nº 4770, RCL nº 33459 e da ADI nº 4412

No julgamento em conjunto da PET nº 4770³¹, da RCL nº 33459³² e da ADI nº 4412³³, em que o STF discutiu a competência para processar e julgar ações contra a União em razão de atos e decisões do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), um cenário complexo sobre processo decisório se revelou porque a opção por pautar em conjunto ação de natureza concreta e ação de natureza abstrata de controle de constitucionalidade não parece ter sido aleatória. Na RCL nº 33459, os ministros decidiram dar provimento ao agravo regimental para anular especificamente a decisão da Justiça Federal que havia cassado penalidade de censura imposta pelo CNMP a uma promotora de justiça do Estado de Pernambuco. Da mesma forma, na PET nº 4770, decidiram que o Supremo seria o órgão competente para analisar a decisão do CNJ especificamente sobre uma serventia provida sem concurso público. Referem-se, ambos os casos concretos, a decisões com efeitos tradicionalmente limitados às partes envolvidas em cada ação. A ADI, de maneira diversa, possui efeitos vinculantes e contra todos, com relação à sua parte dispositiva, não aos fundamentos da decisão.

A pauta em conjunto permitiu que os ministros enfrentassem, de uma única vez, ações com temas similares e que, de modo geral, teriam seus efeitos expandidos de maneira diversa pelos jurisdicionados. Ou seja,

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 4770. Relator Roberto Barroso. Julgamento em 18.11.2020.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 33459. Relatora Rosa Weber. Julgamento em 18.11.2020.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4412. Relator Gilmar Mendes. Julgamento em 18.11.2020.

temas complementares foram tratados de uma única vez e da forma mais ampla possível. E a ampliação não ocorreu só porque a eficácia da decisão, de certo modo, passa das partes para todos, mas também porque a situação fática foi encarada pela perspectiva mais extensa possível. Esse caso mostra como o STF, às vezes, pode precisar usar o caso e a tese para ampliar o âmbito de uma decisão que resolve problema concreto não compreendido pelos limites de uma questão jurídica ou outra levada ao tribunal.

3.5.4.2 ADPF nº 449 e RE nº 1.054.110

Recentemente, algumas inovações chamaram atenção. Foram julgados conjuntamente a ADPF nº 449³⁴, ajuizada contra uma lei de Fortaleza, que proibia o uso de carros particulares para o transporte remunerado individual de passageiros e o RE nº 1.054.110³⁵, cujo teor envolvia questionamento de uma lei do município de São Paulo que também proibia essa modalidade de transporte. Se o julgamento tivesse ocorrido apenas no âmbito da ADPF, a parte vinculante do julgado estaria restrita à parte dispositiva, isto é, à declaração de procedência do pedido, sem menção a fundamentos. Assim, outros municípios ainda teriam como válidas leis restritivas sobre essa modalidade de transporte de passageiros. Como também entrou em pauta o RE, a tese de repercussão geral formada a partir desse caso tem abrangência suficiente para abarcar casos semelhantes envolvendo a mesma questão jurídica.

Nesse julgamento conjunto da ADPF nº 449 e do RE nº 1.054.110, o STF considerou inconstitucionais leis que restringem o transporte privado individual remunerado de passageiros, como o realizado por meio dos aplicativos Uber, Cabify e 99, e editou a seguinte tese de repercussão geral:

I. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449. Relator Luiz Fux. Julgamento em 08.05.2019.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.054.110. Relator Roberto Barroso. Julgamento em 08.05.2019.

concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI).

Os fundamentos que constam da tese jurídica não foram os únicos ventilados pelos ministros. Além de livre iniciativa e livre concorrência, os ministros mencionaram valor social do trabalho, pleno emprego, liberdade profissional, proteção ao consumidor, dentre outros. A opção por um ou outro fundamento como determinante, isto é, sem o qual a decisão seria diversa, pode ter um significado maior. Dentre todas as questões discutidas no caso, os princípios da livre iniciativa e livre concorrência foram aqueles com maior peso para que o resultado fosse a declaração de inconstitucionalidade das leis restritivas e a consequente permissão desse tipo de transporte de passageiros.

3.5.5 Tese e modulação dos efeitos da decisão

3.5.5.1 HC nº 166.373

Em 2019, ao fim do *HC* nº 166373³⁶, que teve início na segunda turma, por maioria, os ministros decidiram que os delatados têm direito a apresentar as alegações finais depois dos réus que firmaram acordo de colaboração. Sendo um caso concreto, havia duas possibilidades. Os ministros poderiam decidir conjuntamente que a decisão para aquele caso estaria restrita às partes, ou seja, os efeitos daquele entendimento valeriam apenas para o impetrante, ou poderiam optar pela realização de um julgamento em tese. O então presidente, ministro Dias Toffoli, propôs que o tribunal julgasse uma tese ao final do julgamento e a maioria concordou com a necessidade de fixarem uma tese jurídica para aquele caso concreto. Os ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio não concordaram, naquele momento, em consolidar o entendimento sobre a ordem de alegações finais em uma tese. A afetação desse *HC* para o plenário ocorreu sob a justificativa de estabelecer um precedente para gerar uniformização da jurisprudência, de maneira que a opção pela fixação de

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 166.373. Relator Edson Fachin. Julgamento em 18.09.2019.

uma tese ia ao encontro do deslocamento da turma para o plenário físico.

Superado esse embate entre decidir uma tese e não somente o caso concreto, surgiria o problema da modulação. Dois cenários poderiam ocorrer: decidir em tese realizando modulação de efeitos da decisão e decidir em tese, sem modulação. Caso entendessem não caber modulação ou não conseguissem reunir os oito votos necessários³⁷, seriam anuladas todas as condenações em ações penais com colaboração premiada em que os delatados não tiveram prazo sucessivo aos delatores para apresentação de alegações finais. Para o ministro Alexandre de Moraes, não seria lógica a possibilidade de decidir que os prazos têm de ser sucessivos, sem que esse entendimento seja aplicado para o impetrante. Para os ministros Fachin e Fux, essa “contradição lógica” seria apenas aparente, porque o tribunal já decidiu anteriormente que “esses processos tem um aspecto subjetivo e uma objetivação”, razão pela qual seria perfeitamente possível a modulação dos efeitos da decisão.

No caso de modulação, os ministros definiriam uma tese jurídica acerca do prazo para alegações finais de corréus delatores e delatados, e limitariam temporalmente a eficácia desse entendimento. Por exemplo, a partir do final do julgamento do *HC* nº 166.373. Outro cenário plausível seria estabelecer um requisito, como a alegação e comprovação tempestiva do prejuízo para a defesa, sem o qual não seria viável a aplicação do entendimento formado agora pelo Supremo. Foi nesse sentido que votou a ministra Cármen Lúcia. Aderiu à tese de que o delatado teria direito de se manifestar depois do delator, ou seja, concordou abstratamente com a possibilidade de anulação do processo pela ausência de prazo sucessivo; mas, no caso concreto, denegou a ordem do *HC* por entender que o réu não teve prejuízo. O julgamento foi suspenso para fixação da tese em momento posterior e, em dezembro de 2022, foi fixada a seguinte tese: “Havendo pedido expresso da defesa no momento processual adequado (art. 403 do CPC e art. 11 da Lei 8.038/90), os réus têm o direito de apresentar suas

37 Isso caso fosse confirmado o entendimento que o tribunal adotou quando resolveu questão de ordem no RE nº 586453, no sentido da exigência de quórum de 2/3 para modular os efeitos de decisão em sede de controle incidental de constitucionalidade.

alegações finais após a manifestação das defesas dos colaboradores, sob pena de nulidade”.

3.5.6 Construção da tese: participação de ministros vencidos no mérito e troca de relatoria

Além de um maior cuidado com a formulação de teses de repercussão geral³⁸, essa prática decisória foi se expandindo para outros processos, como mencionado, inclusive os típicos de controle abstrato de constitucionalidade e, com ela, novas nuances foram adicionadas ao processo decisório, como a própria definição da relatoria foi impactada. No julgamento do RE nº 655265, sobre o momento da comprovação da atividade jurídica para ingresso no cargo de juiz, o relator original do processo era o ministro Luiz Fux. Ao votar, o relator fez uma proposição de tese de repercussão geral referindo-se à posse como o momento para comprovação do tempo de atividade jurídica. O ministro Edson Fachin abriu a divergência quanto ao conteúdo proposto da tese de repercussão e foi acompanhado pelos demais ministros, que chegaram à conclusão que ele deveria ser o redator do acórdão. Pela primeira vez, os ministros debateram sobre a relatoria dos processos nos casos em que o relator original restasse vencido na proposta de tese de repercussão geral e decidiram que, como a tese da repercussão geral é a parte mais importante do julgado, pois apresenta a conclusão do julgamento, seria melhor que o encargo de redigir o acórdão ficasse com o ministro cuja proposta de tese fosse vencedora.³⁹ Nesse caso, o plenário do STF, por maioria de votos, reafirmou jurisprudência no sentido de que a comprovação de atividade jurídica para ingresso no cargo de juiz substituto deveria ocorrer na inscrição definitiva no concurso e não no momento da posse. Os ministros delimitaram a seguinte tese de repercussão geral: “A comprovação do triênio de atividade jurídica exigida para o ingresso no cargo de juiz substituto, nos termos do artigo 93, inciso I, da Constituição Federal, deve ocorrer no momento da inscrição definitiva no concurso

38 Sessões inteiras de julgamento no plenário, por exemplo, foram dedicadas à delimitação da tese jurídica – como na decisão do dia 09 de dezembro de 2015, no RE nº 837311, que envolveu direito à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital de concurso público.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 655265. Relator Luiz Fux. Edson Fachin relator para o acórdão. Julgamento em 13.04.2016.

público”.

3.5.6.1 ADI nº 5469 e RE nº 1287019

No julgamento em conjunto da ADI nº 5469⁴⁰ e do RE nº 1287019⁴¹, sobre a necessidade de edição de lei complementar para cobrança do diferencial de alíquota do ICMS, o presidente Luiz Fux mencionou ser “[...] certo que é da nossa praxe, mesmo os vencidos, votarem na tese fixada na repercussão geral”. A ministra Rosa Weber, por sua vez, comentou que “[...] diante [...] própria disposição, pelo menos, do Ministro Dias Toffoli de, eventualmente, aperfeiçoar ou até repensar, eu também digo que estou aberta ao debate e aguardo o momento oportuno para me manifestar quanto às teses”.

3.5.7 Teses jurídicas: denominador comum da decisão e instrumento de vinculação geral das decisões?

Durante o julgamento conjunto da PET nº 4770, da RCL nº 33459 e da ADI nº 4412, o ministro Barroso falou sobre a necessidade de uma “eficácia vinculante geral” das decisões do tribunal. Para o ministro, a tese jurídica seria o mecanismo decisório apto a viabilizar esse novo efeito decisório, que impactaria significativamente o controle de constitucionalidade adotado no Brasil. Em julgamento abstrato de constitucionalidade, Barroso fez referência ao art. 988 do novo CPC, segundo o qual “Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”. Dispositivos assim exigem clareza na formulação do que, de fato, o tribunal decidiu em um dado caso. Para o ministro Barroso, isso seria um bom antídoto para um antigo problema do processo decisório do tribunal: a multiplicidade de fundamentações diferentes (e nem sempre compatíveis) para cada voto dos onze ministros do STF. Votar uma tese seria apresentar um denominador comum.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5469. Relator Dias Toffoli. Julgamento em 24.02.2021.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1287019. Relator Marco Aurélio. Julgamento em 24.02.2021.

3.5.7.1 HC nº 118533 e RCL nº 34158

Após decisão no *HC* nº 118533⁴², acerca de matéria de direito abstraindo especificidades do caso concreto, na qual foi proferida uma decisão em tese, o tribunal oscilou quanto à extensão dos efeitos daquela decisão. Por exemplo, no julgamento de agravo regimental nesse mesmo *HC*, por meio do qual se requeria extensão da conclusão do julgamento a outro paciente, o ministro Ricardo Lewandowski considerou que “[...] decisões proferidas de maneira incidental, não possuem efeito vinculante ou eficácia *erga omnes*”. Essa característica, segundo o ministro, “[...] afasta até mesmo o ajuizamento de reclamação perante esta Corte, exceto pelos próprios pacientes, caso a decisão que lhes foi favorável, em processo de índole subjetiva, não seja cumprida pelo juízo a quo”, razão pela qual negou provimento ao recurso.⁴³ O tema voltou à análise na Reclamação (RCL) nº 34158⁴⁴. O ministro Ricardo Lewandowski julgou procedente a reclamação por ofensa à jurisprudência do STF. Concedeu *Habeas Corpus* de Ofício e ordenou ao juízo da execução a concessão do benefício caso estivessem preenchidos os demais requisitos. Em sua decisão, fez expressa referência ao julgamento do *HC* nº 118533, em que o plenário firmou orientação no sentido de afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas. Segundo Lewandowski, a partir do entendimento fixado pelo tribunal, as restrições aplicáveis aos delitos hediondos não poderiam mais recair sobre condenações por tráfico privilegiado podendo, portanto, ser deferido o indulto. Por um lado, no agravo regimental, o ministro considerou que o julgamento no *HC* nº 118533 não produziu efeito vinculante ou eficácia *erga omnes*. Por outro, na RCL nº 34158, fez referência à decisão sobre afastamento da natureza hedionda do tráfico privilegiado como sendo a jurisprudência do tribunal.

42 O caso concreto envolveu a condenação de duas pessoas penas de reclusão por serem pegas com 772 kg de maconha. A defesa requereu reconhecimento da inexistência da hediondez no crime de tráfico privilegiado. Vencidos Marco Aurélio, Luiz Fux e Dias Toffoli, o tribunal decidiu que o tráfico privilegiado de entorpecentes não tem natureza hedionda – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118533. Relatora Cármen Lúcia. Julgamento em 23.06.2016.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 118533. Relator Ricardo Lewandowski. Julgamento 24.04.2017.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 34158. Relator Ricardo Lewandowski. Julgamento e, 09.06.2019.

4. Mudanças institucionais associadas à fixação de teses

4.1 Como a utilização de teses jurídicas afeta a configuração do controle abstrato e do concreto de constitucionalidade?

A opção por julgar um caso ou uma tese é relevante porque pode (i) restringir o alcance das decisões envolvendo controle concreto e abstrato de constitucionalidade aos limites originais; ou então (ii) expandir esses mesmos limites para alcançar outros processos sobre o mesmo tema; comportamentos que podem (iii) repercutir na identidade do tribunal. Na hipótese de o STF manter a separação nítida da eficácia das decisões proferidas em controle concreto e abstrato, nada muda. Ou seja, uma decisão tomada no âmbito de um *habeas corpus* ou em uma ação penal valerá apenas para as partes daquele processo subjetivo. Por outro lado, na hipótese de o tribunal levar em consideração a expansão dos limites originais do processo, dando fluidez ao desenho do processo decisório, é possível pensar na possibilidade de ocorrer alguma repercussão para a própria identidade do tribunal. Por exemplo, o papel institucional de instância revisora pode ser restrito de tal maneira que essa deixe de ser uma característica definidora de sua natureza. Como o cenário decisório indica, isso pode ocorrer independentemente de uma alteração constitucional. Provar a ocorrência de (iii) é tarefa que não se esgota nesse trabalho, que buscou focar, especialmente, na análise de mudanças institucionais relacionadas ao controle de constitucionalidade. Mesmo sem a confirmação da ocorrência de (iii), a observação de (i) e (ii) permite acompanhar consequências da adoção de fronteiras fluídas dos limites originais do processo.

Partindo da classificação proposta por SILVA (2019, p. 325), é possível perceber que os dois exemplos citados na Seção 3 deste artigo mostram ao menos algum indício de mudança nos fatores institucionais relacionados a efeitos, processo decisório e deliberação. Com relação aos efeitos, na RCL nº 34158, os ministros consideraram que os efeitos determinantes da decisão tomada em tese no *HC* nº 118533 transcenderam o caso concreto. Isto é, segundo a argumentação dos ministros, a decisão no *HC*, que afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas, não poderia ser desconsiderada no contexto do caso concreto objeto da RCL nº 34158.

Como se observa, houve uma expansão do alcance da decisão proferida em um caso concreto para além das fronteiras originais do processo. Do mesmo modo, no julgamento em conjunto de processos de natureza concreta e abstrata, que reuniu a PET nº 4770, a RCL nº 33459 e a ADI nº 4412, a opção por esse novo arranjo decisório permitiu que os ministros enfrentassem, de uma única vez, ações com temas similares e que, de modo geral, teriam seus efeitos expandidos de maneira diversa pelos jurisdicionados.

Com relação a mudanças no processo decisório e na deliberação, embora a utilização das teses jurídicas não mude exatamente o modelo de votação *seriatim*, que ocorre por meio da agregação de votos individuais, sem interação ou cooperação entre os ministros (MENDES, 2012), na prática, todos os ministros debatem e participam da construção do texto da tese. Nesse sentido, o diálogo que se estabelece para escolher cada termo, ou as tentativas de convencimento quanto o que é preponderante da decisão, impactam, mesmo que minimamente, no caráter solista da decisão do STF, que, afinal, poderá ter algo próximo à “opinião da corte”.

Os exemplos descritos na Seção 3 não mostram mudanças institucionais que tenham tido impacto no acesso. Isto é, em princípio, nenhuma das inovações decisórias mostrou restrição ou vedação de acesso àqueles que hoje possuem legitimidade para demandar um pronunciamento do STF. Entretanto, caso haja inequívoca atribuição de efeitos vinculantes às teses definidas para além dos recursos extraordinários, como uma atribuição de repercussão geral a uma tese jurídica fixada para um *habeas corpus*, é possível considerar que o acesso ao STF enfrentará uma restrição. No julgamento conjunto das ADPF nº 706 e ADPF nº 713, por exemplo, a maioria dos ministros deixou implícita a atribuição de efeitos vinculantes à primeira parte da tese fixada para aquele julgamento. Assim, apesar de não ter ocorrido, há grandes chances de haver alterações na forma como se dá, hoje, o acesso ao tribunal.

Como mencionado, do fato de o STF ser tanto última instância do Poder Judiciário quanto instância originária e corte constitucional decorrem características como variadas vias de acesso e efeitos decisórios diferentes, dependendo da classe processual e dos legitimados para levar o tema ao tribunal. Parte da doutrina acreditou que as súmulas vinculantes

corrigiriam discrepâncias causadas pela convivência do modelo controle concreto e do modelo abstrato de constitucionalidade. Contudo, seu desuso e a ampliação da utilização de teses jurídicas, ou de julgamentos em tese, trazem novos questionamentos sobre a existência de decisões distintas ou com efeitos distintos acerca de um mesmo tema.

Manter-se, contudo, como um tribunal que julga tanto casos concretos, como questões abstratas pode não significar uma disfuncionalidade do nosso modelo de controle de constitucionalidade, desde que haja previsibilidade sobre quando se deve julgar uma tese e quando se deve julgar só um caso. Isto é, o que se tem, hoje, é a utilização de teses com a consequente flexibilização das fronteiras originais de cada processo, expandindo o alcance das decisões, sem que essa prática seja devidamente regulamentada.

Se o STF pode arbitrariamente escolher quando, em um julgamento concreto, focar nas especificidades do caso ou focar na questão abstrata que sobressai do caso, então os ministros estarão determinando o alcance de cada decisão de acordo com o tema debatido, ou qualquer outro fator conjuntural não sindicável. Prolongada no tempo a oscilação entre decidir um caso ou uma tese, leva à hipótese – que deve ser confirmada ou afastada em pesquisa futura – de os ministros utilizarem essa oscilação como uma distinção instrumental para atingir determinados resultados. Por outro lado, se o que está ocorrendo é o aperfeiçoamento do seu processo decisório, a oscilação caso ou tese pode ser encarada como uma consequência passageira de um processo paulatino.

O contexto de fixação de teses jurídicas apresentado na seção anterior mostra alguns dos problemas de um tribunal que se divide entre casos concretos, teses jurídicas e compreensões individuais de cada ministro. O STF não foi criado como um tribunal de teses. A inclusão do controle abstrato de constitucionalidade entre suas competências, igualmente, não o transformou em um tribunal de teses. Contudo, o desenho institucional definido pelos constituintes para o STF e os seguintes rearranjos que lhe foram impostos por reformas constitucionais e legais não são os únicos fatores capazes de alterar sua natureza. Nesse sentido, o que o STF é, no presente, e o que, no futuro, pode vir a ser não seria apenas resultado da elaboração ou de reformas constitucionais. Para além do “quadro de forças

políticas no momento constituinte” (ARANTES, 2003, p. 197) como determinantes da forma por meio da qual o controle de constitucionalidade será exercido no Brasil, a capacidade do tribunal de redefinir suas próprias competências é notória (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016).

4.2. Como acompanhar a evolução dessas mudanças institucionais?

A partir dos exemplos, infere-se que a percepção individual do que o STF deveria ser se transforma, em alguma medida, em realidade decisória. Se a percepção individual dos ministros importa para a prática decisória, assumir a presidência do tribunal pode ser fator de reforço para a transformação dessas percepções individuais em realidade institucional. Como mencionado, na gestão do ministro Ricardo Lewandowski, por exemplo, houve o incentivo para julgamento de teses no lugar das súmulas vinculantes. Na gestão de Toffoli, discutiu-se alteração do regimento interno para prever teses em ADI. Na gestão Fux, o informativo de jurisprudência inaugurou novo formato, trazendo expressamente quais teses foram fixadas em cada julgamento.

Nesse sentido, é interessante verificar, a partir de uma série de perguntas, qual a proporção que mudanças decisórias assumem de acordo com o enfoque dado por presidente, a cada biênio da gestão administrativa do tribunal. Preferências dos presidentes ou reflexo da vontade coletiva? Preferências dos presidentes como fator complementar de mudança institucional? Descontinuidade ou continuidade das mudanças institucionais? Curta duração dos mandatos dificulta o estabelecimento de metas e prioridades para o tribunal no longo prazo? A construção de um cenário comparativo dos biênios administrativos pode contribuir para análises de possíveis direções institucionais nos próximos anos?

Outra forma de acompanhar essas mudanças institucionais relacionadas ao controle de constitucionalidade é a partir de uma análise da competência. Muitos dos exemplos explorados na Seção 3 mostram como os ministros – ainda que haja maior influência do relator ou presidente – estão modificando a prática decisória para fixar teses além das hipóteses previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional, ou seja, decorrentes

da atuação do Poder Legislativo.⁴⁵ De quem é a competência para regular a fixação de teses jurídicas? Qual a participação dos ministros do STF nas alterações constitucionais e legislativas relacionadas ao processo decisório constitucional?

Por fim, também há a possibilidade de acompanhamento dessas mudanças institucionais sob uma perspectiva do método. Partindo da literatura que compara o método de produção do direito por meio de casos, com a produção do direito por meio da legislação (SCHAUER, 2006), é possível fazer alguns questionamentos que auxiliarão na verificação do que, de fato, as teses jurídicas representam. As teses jurídicas apenas tornam explícito o que já está na decisão? As teses jurídicas são um indicativo da jurisprudência ou mecanismo de criação do direito?

5. Conclusões

Afinal, o STF é um tribunal de teses? ⁴⁶ A opção por julgamento em teses

45 No final de 2020, o então presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, editou resolução que criou uma Comissão de Juristas destinada a elaborar projeto de lei sistematizando normas do processo constitucional brasileiro. Dentre as metas da Comissão, estava a “[...] necessidade de consolidação, sistematização e harmonização do regime jurídico aplicável ao processamento e ao julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, das reclamações constitucionais, do mandado de segurança, do habeas corpus, do mandado de injunção, e dos recursos extraordinários [...] considerando a importância de se conferir uniformidade e atualização das legislações aplicáveis à evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria”. O ministro Gilmar Mendes foi nomeado presidente da Comissão, que, dentre outros nomeados, contou com Ingo Sarlet, André Ramos Tavares, Clémerson Merlin Clève, Daniel Sarmento, Flávia Piovesan, Luiz Guilherme Marinoni. Arthur Lira, que sucedeu Maia na presidência da Câmara, criticou a criação da comissão explicando que Câmara e Senado têm suas Comissões de Constituição e Justiça que poderiam coordenar essa empreitada sem precisar do auxílio de especialistas externos. Considerou, ainda, que a “decisão parece reduzir a importância do Poder Legislativo” (FREITAS, 2020 [s. p.]). Essa crítica do deputado federal Arthur Lira à criação da Comissão de Juristas destinada a propor novos arranjos para o processo constitucional brasileiro pode sinalizar que, apesar da fragmentação do poder político representar contexto propício para desenvolvimento do controle de constitucionalidade (GINSBURG, 2003; NAVIA; RIOS-FIGUEROA, 2005), interesses dominantes ainda podem impedir redesenhos institucionais que visem aumentar a força do órgão incumbido do exercício do controle de constitucionalidade.

46 O ministro Gilmar Mendes, ao ser questionado se o STF caminha para ser um tribunal de teses, respondeu: “Não acredito que seja vocação do Tribunal ser estritamente de tese, porque ele acaba resolvendo o caso concreto. Matéria criminal temos muitos processos, discutimos situações concretas, embora possamos estabelecer também paradigmas para decisões de outros tribunais, isto é inevitável. Reputo inicialmente positivo esse avanço, e isso se deu graças à possibilidade de julgar no Plenário virtual essas matérias. O problema que pode ocorrer é de fato essa possível carência do debate que tentamos mitigar com a possibilidade de vista e destaque. Só que isso faz com que entremos naquela fila muito disputada de pauta do Plenário” (CREPALDI; VIDAL, 2021, [s. p.]), de acordo com reportagem disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-18/entrevista-gilmar-mendes-ministro-stf>.

ou de teses jurídicas não revela apenas uma tomada de decisão cotidiana quanto ao processo decisório do STF. Para além da controvérsia de as teses jurídicas serem ou não elucidação de uma decisão já tomada, verifica-se que há uma tentativa de construção institucional e, inegavelmente, o mapa da utilização de teses exposto nas seções anteriores mostra que há mudanças e que essas, de alguma forma, afetam fatores institucionais relacionados ao controle de constitucionalidade, especialmente quanto aos efeitos, deliberação e processo decisório e acesso. Entretanto, longe de ser uma prática consolidada, a utilização de teses em outros contextos que não recursos extraordinários com repercussão geral sugere ainda um contexto de oscilações e indefinições.

Embora haja evidências de que essa seja uma direção possível para sua natureza institucional, porque votar teses para variados tipos de processos não parece ser uma simples escolha de organização decisória interna, a resposta a essa pergunta exige maior observação empírica. Essa observação permitirá saber, ao longo do tempo, em que medida as alterações em alguns aspectos do modelo de controle de constitucionalidade refletem uma mudança institucional mais profunda na identidade do STF. É o que poderia ocorrer, por exemplo, se houvesse a definição de que em todas as ações, concretas e abstratas, fosse necessária a fixação de uma tese jurídica com eficácia vinculante geral.

Ou seja, se as teses forem adotadas de forma indiscriminada e tiverem regulado seu alcance para além das fronteiras originais de cada processo – o que inclui não só efeitos vinculantes e *erga omnes* em relação ao resultado final da decisão, como também em relação aos motivos determinantes que embasaram aquela decisão, haverá uma consequência institucional para o STF. Sendo o controle de constitucionalidade a função precípua do tribunal, quanto mais drásticas as mudanças no desenho de suas principais características, maiores as possibilidades de elas se refletirem em uma mudança em sua própria identidade.

Portanto, assumir que o STF é um tribunal de teses (PERRONE, 2019), porque houve uma ampliação do uso desse mecanismo em sua prática decisória ou porque essa seria, segundo a crença individual de seus membros, a vocação institucional mais condizente com a qualidade das

suas decisões, configura análise precipitada de todos os fatores que concorrem para a definição do desenho institucional de uma corte constitucional.

Referências

ARANTES, R. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Sumaré; Educ, 1997.

ARANTES, R. **Cortes Constitucionais**. In: AVRITZER, L. *et al* (org.). **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 195-206.

ARGUELHES, D. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Univestitas Jus** (UniCEUB Law Journal), v. 25, n. 2, p. 25-44, 2014.

ARGUELHES, D.; SUSSEKIND, E. Building judicial power in Latin America: opposition strategies and the lessons of the Brazilian case. **Rev. Urug. Cienc. Polít.**, v. 27, n. 1, p. 175-196, 2018.

ARGUELHES, D.; RIBEIRO, L. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, p. 121-155, jan./jun. 2015.

ARGUELHES, D.; RIBEIRO, L. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 45-440, maio/ago. 2016.

ARGUELHES, D.; RIBEIRO, L. The Court, it is I? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. **Global Constitutionalism**, v. 7, n. 2, p. 236-262, jul. 2018.

ARGUELHES, D.; SUSSEKIND, E. Building judicial power in Latin America: opposition strategies and the lessons of the Brazilian case. **Rev. Urug. Cienc. Polít.**, v. 27, n. 1, p. 175-196, 2018.

BARBOSA, A. L. P. Meta-voto: solução para a pauta de julgamentos do STF? **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 691-719, 2023.

BARBOZA, E. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, L. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

BARROSO, L; REGO, F. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 696-713, 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CREPALDI, T; VIDAL, D. Sem o plenário virtual, Supremo entraria em colapso, diz Gilmar Mendes. **Conjur**, 18 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-18/entrevista-gilmar-mendes-ministro-stf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

FREITAS, H. Câmara cria comissão para sistematizar regras sobre processo constitucional. **Jota**, nov. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/camara-cria-comissao-para-sistematizar-regras-sobre-processo-constitucional-25112020>. Acesso em: 20 mar. 2022.

GINSBURG, T. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

MAIA, F; CARNEIRO, L. STF: Decisões judiciais que deram desconto em mensalidades escolares não têm validade. **Jota**, nov. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-decisoes-judiciais-que-deram-desconto-em-mensalidades-escolares-nao-tem-validade-18112021>. Acesso em: 18 mar. 2023.

MENDES, C. O Projeto de uma Corte Deliberativa. In: VOJVODIC, A. *et al.* (org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, p. 53-74, 2012.

NAVIA, P; RÍOS-FIGUEROA, J. The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America. **Comparative Political Studies**, v. 38, n.2, p. 189-217, 2005.

PERRONE, P. O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de Teses. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, set./dez. 2019.

SCHAUER, F. Do Cases Make Bad Law? **University of Chicago Law Review**, v. 73. issue 3, art. 2, p. 883-918, 2006.

SEGAL, J. A.; SPAETZ, H. J. The influence of stare decisis on the votes of United States Supreme Court justices. **American Journal of Political Science**, v. 40, n. 4, p. 971-1003, nov. 1996.

SILVA, V. A. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 29-37, 2013.

SILVA, V. A. Beyond Europe and the United States: the wide world of judicial review. In: DELANEY, E; DIXON, R. (org.) **Comparative Judicial Review**. 1. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2018a. p. 318-336.

SILVA, V. A. Constitutional courts/supreme courts, general. In: GROTE, R; LACHENMANN, F; WOLFRUM, R. (org.). **Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018b. p. 1-10.

SILVA, V. A. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021a.

SILVA, V. A. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021b.

SUNDFELD, C.; SOUZA, R. Como aperfeiçoar a repercussão geral? In: FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.; RECONDO, F. (org.). **Onze Supremos**: O Supremo em 2016. Rio de Janeiro: Letramento, 2017. v. 1, p. 104-106.

VERÍSSIMO, M. A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 407-444, jul./dez, 2008.

VIEIRA, O. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

Recebido em 22/07/2022
Aceito em 08/08/2022
Versão final em 08/08/2022

A Court of thesis? Changes in the decision-making process of the Brazilian Supreme Court and redesign of judicial review

Abstract

The Brazilian Supreme Court (STF) has been adopting legal theses at random both in concrete review, beyond extraordinary appeals with general repercussion, and in abstract review. Apparently, the adoption of legal thesis would enable a broader scope of the adjudication process as the effects of the decisions would bindingly expand from the original procedural limits. The goal of this paper is to explore and map the context in which legal thesis have been used in the decision-making process of the STF and then to discuss the implications of this innovative practice to Brazilian institutional design of constitutional review.

Keywords: Brazilian Supreme Court. Constitutional decision-making process. Legal thesis. Constitutional review. Institutional change.