



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO PROGRAMA DE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELA RIBEIRO DE MAGALHÃES GARBULHA

**RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E RECURSO ESPECIAL
REPETITIVO: INSTRUMENTO PARA GARANTIA DA AUTORIDADE DE
PRECEDENTES VINCULANTES**

Brasília
2022

MARCELA RIBEIRO DE MAGALHÃES GARBULHA

**RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E RECURSO ESPECIAL REPETITIVO:
INSTRUMENTO PARA GARANTIA DA AUTORIDADE DE PRECEDENTES
VINCULANTES**

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-graduação em
Direito da Universidade de
Brasília, como requisito parcial
para a obtenção do título de
Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Henrique
Araújo Costa

Brasília
2022

MARCELA RIBEIRO DE MAGALHÃES GARBULHA

**RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E RECURSO ESPECIAL REPETITIVO:
INSTRUMENTO PARA GARANTIA DA AUTORIDADE DE PRECEDENTES
VINCULANTES**

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-graduação em
Direito da Universidade de
Brasília, como requisito parcial
para a obtenção do título de
Mestre.

Aprovado em ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD/UnB
(orientador)

Prof^a. Dr^a. Debora Bonat
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD/UnB

Prof. Dr. Daniel Augusto Diniz Vila-Nova
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – FD/UFF

A Maria Eduarda de Magalhães Garbulha.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente aos meus colegas e professores do mestrado profissional, pelas enriquecedoras discussões ao longo de todo o curso, e ao orientador, Dr. Henrique, pela atenção e auxílio. Ao Superior Tribunal de Justiça pela oportunidade de cursar esse mestrado, que tanto contribuirá para minha atuação profissional.

Agradeço, também, a toda minha família, que colaborou de algum modo com a elaboração desse trabalho. Sou muito grata a minha mãe Cristina e a minha sogra Áurea, que tanto ajudaram no cuidado da minha bebê para que eu pudesse me dedicar a este trabalho. Agradeço minha mãe também por ser esse grande exemplo de força, por me mostrar que não há limite para determinação e por ser meu verdadeiro modelo, não só na vida profissional, como em tantos outros aspectos. Em especial, agradeço ao Lucas, meu marido, pelo amor e suporte imprescindível, pela escuta paciente e sábios conselhos em tantos momentos difíceis, e por me incentivar nessa caminhada e celebrar comigo cada vitória. Por fim agradeço a minha filha, Maria Eduarda, veio ao mundo durante esse mestrado para me ensinar sobre superação e para me inspirar a buscar o meu melhor.

RESUMO

O desenvolvimento do constitucionalismo e a expansão dos direitos fundamentais levaram a um cenário de crescente judicialização, na qual muitos litígios não tinham suas soluções extraíveis puramente da letra da lei. Unido a isso, a evolução da teoria da interpretação, dado a emergente utilização de conceitos vagos, cláusulas gerais legislativas e princípios jurídicos, fizeram a própria concepção sobre norma jurídica sofrer modificações, não se esgotando no texto legal, mas sendo formada a partir da interpretação e aplicação desse texto no mundo fático. Diante desse quadro, para garantia da isonomia e segurança jurídica, o papel das Cortes Superiores se alterou, sendo chamadas a proclamar a interpretação universalizável, criando a norma aplicável mediante a instituição de precedente. O novo Código de Processo Civil de 2015 buscou instaurar um sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, uma das medidas adotadas pela novel legislação foi a ampliação do cabimento da reclamação para observância dos precedentes elencados como obrigatórios. Esse estudo analisa a função da Reclamação Constitucional como instrumento de obediência aos precedentes oriundos de Recursos Especiais Repetitivos, demonstrando que solução dada na Reclamação 36.476 – SP, julgada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, não foi adequada na perspectiva da consolidação de um sistema de precedentes.

Palavras-chave: Teoria dos Precedentes; Recurso Especial Repetitivo; Reclamação Constitucional; Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

The development of constitutionalism and the expansion of fundamental rights led to a growing scenario of judicialization, in which many disputes did not have their solutions extracted purely from the letter of the law. In addition to this, the evolution of the theory of interpretation, given the emerging use of vague concepts, general legislative clauses and legal principles, made the very conception of the legal norm undergo changes, not being restricted to the legal text, but being formed from the interpretation and application of this text in the factual world. In view of this situation, to guarantee equality and legal certainty, the role of the Superior Courts has changed, being called upon to proclaim the universalizable interpretation, creating the applicable norm through the institution of precedent. The new Civil Procedure Code of 2015 sought to establish a system of binding precedents in the Brazilian legal system. To this end, one of the measures adopted by the new legislation was to expand the scope of the claim to comply with the precedents listed as mandatory. This study analyzes the role of the Constitutional Complaint as an instrument of obedience to precedents arising from Special Repetitive Appeals, demonstrating that the solution given in Complaint 36.476 - SP, judged by the Special Court of the Superior Court of Justice, was not adequate in the perspective of consolidating a system of precedents.

Keywords: Theory of Precedents; Repetitive Special Feature; Constitutional Claim; Code of Civil Procedure of 2015.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A Reclamação Constitucional	12
1.1. O surgimento e desenvolvimento da reclamação constitucional.....	12
1.2. A reclamação constitucional e a reclamação correcional.....	14
1.3. A natureza jurídica da reclamação.....	16
1.4. O controle abstrato de constitucionalidade e o cabimento de reclamação: eficácia erga omnes e efeito vinculante.....	18
1.5. Efeito vinculante e a transcendência dos motivos determinantes.....	21
1.6. A força obrigatória dos precedentes em controle concreto do STF e o cabimento da reclamação.....	23
1.7. Hipóteses de cabimento da reclamação no novo CPC/2015	27
1.8. Aspectos procedimentais da reclamação	30
2. O Sistema de Precedentes Judiciais.....	34
2.1. Aspectos da tradição jurídica da common law	34
2.2. Aspectos da tradição jurídica da civil law	38
2.3. Evolução do constitucionalismo e judicialização	43
2.4. Hermenêutica na produção do direito.....	45
2.5. Conceitos vagos, cláusulas gerais e princípios jurídicos.....	47
2.6. Ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing e overruling	51
2.7. Aspectos relevantes para um sistema de precedente judicial	54
3. As Cortes Superiores	58
3.1. O papel das cortes superiores	58
3.2. Decisões plurais e divergência jurisprudencial interna corporis	61
3.3. O Novo Código de Processo Civil e os precedentes obrigatórios	63
3.4. Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos.....	65
3.5. A Reclamação no Supremo Tribunal Federal.....	67
3.5.1. Reclamação para reapreciação de decisões tomadas em controle abstrato de constitucionalidade	67
3.5.2. Reclamação pela aplicação indevida de precedente de Repercussão geral	70
3.6. Entendimento do STJ quanto ao cabimento de reclamação pela aplicação indevida de precedente repetitivo: análise da Rcl 36.476	72
3.6.1. Voto Vencedor na Rcl 36.476	72
3.6.2. Votos Vencidos na Rcl 36.476	75
3.6.3. Reclamação 36.476 e o sistema de precedentes obrigatórios	78
CONCLUSÃO.....	82

INTRODUÇÃO

O papel tradicional do Poder Judiciário, caracterizado pela concepção de que o juiz deve subsumir os casos às regras existentes, ligava-se à interpretação estrita sobre a separação dos poderes, que resultava no monopólio do parlamento na criação das normas jurídicas, entendidas nesse contexto pelas leis produzidas após o debate político, e pela aplicação dessas, pelo Judiciário, nos casos concretos, garantindo a segurança e a certeza do direito aos cidadãos. Entretanto, esse ideal formalista da jurisdição foi se modificando ao longo dos anos por vários fatores.

A complexidade da ciência jurídica acompanhou o próprio desenvolvimento da sociedade, que se tornou plural, pela multiplicidade de valores culturais, visões do mundo, compromissos morais, e concepções sobre a vida digna, de tal maneira que passou a demandar o consenso em meio da heterogeneidade e do conflito. As instituições estatais passaram a ser cada vez mais demandas a uma adaptabilidade e refinamento de soluções que, muitas vezes, não acompanham a velocidade das transformações sociais.

Em meio a esse pluralismo, o constitucionalismo adentra o início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático¹. Seu sucesso está em ter conseguido incluir no imaginário das pessoas a ideia de legitimidade, pela soberania popular representada no poder constituinte, de limitação do poder, desde a organização estatal e a repartição de competências à previsão de processos adequados de tomada de decisão e disposição e defesa de direitos individuais e coletivos, e, por fim, a introjeção de valores, ou seja, a incorporação das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas ao longo da história da humanidade ao texto constitucional².

Junto ao constitucionalismo, a complexidade da sociedade atual impôs ao Poder Judiciário uma contínua e rápida evolução frente às novas demandas e desafios postos. A legislação escrita demonstrou não conseguir regular todas as situações sociais, que além de envolverem as múltiplas áreas de conhecimento, modificam-se em uma velocidade intensa, demandando novos direitos fundamentais, antes não imaginados. Essa

1 BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2021.

2 Ibidem.

complexidade repercutiu na própria hermenêutica jurídica, que possibilita extrair diferentes interpretações da mesma norma legislativa.

Segundo Repolês³, a crítica ao positivismo jurídico, por ter se esquecido dos padrões de Justiça reclamados pela sociedade, em nome da superavaliação de processos formais e da fidelidade à letra da lei, e as novas tendências da jurisprudência brasileira, com foco em valores, passaram a defender um aumento dos poderes dos juízes, em especial um aumento do poder de interpretar o direito. Dessa maneira, pela flexibilização da lei se tornaria possível uma melhor adequação do texto escrito à realidade do caso concreto⁴.

Disto resulta que o juiz, na formação da decisão judicial, deve se inserir na realidade fática e considerar as questões extrajudiciais, visto que é nessa realidade que vive o magistrado⁵. Essa concepção de norma atrelada a interpretação e aplicação impõem ao Poder Judiciário um novo papel na criação e desenvolvimento do direito. Função essa, todavia, encontra críticas válidas em argumentos sobre a legitimidade e limites a discricionariedade do magistrado.

Nesse cenário, o estudo sobre precedentes judiciais ganha especial relevância, na tentativa de adequar a necessária atualização do direito frente aos desafios sociais sem deixar de primar pelas garantias da previsibilidade e da isonomia.

Entender o papel dos tribunais superiores, de guardiões da unidade do direito, é primordial para a implantação de um sistema de precedentes. Isso porque, segundo Marinoni, evolução da teoria da interpretação e o espaço ocupado pelo Judiciário no contexto do Estado Constitucional evidenciam que as Cortes Supremas só teriam razão para existir caso pudessem definir a interpretação do texto legal ou dele extrair a norma jurídica válida, o que significa ter o poder para atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades sociais⁶.

Nessa conjuntura, o novo Código de Processo Civil (CPC/15) trouxe importantes inovações, que merecem ser analisadas sob o enfoque da teoria dos precedentes, para

3 REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **O papel político do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional: Considerações a partir da teoria, da cultura institucional e da jurisprudência**. Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 13, n. 1095, nov. 2013. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26259-26261-1-PB.pdf>> Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

4 Ibidem.

5 BARROSO, Ricardo Cavalcante. **Considerações sobre o papel criativo-político do juiz na sociedade plural**. Fórum administrativo, Belo Horizonte, v. 7, n. 80, p. 50-56, out. 2007.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

efetivação desse novo papel jurisdicional brasileiro. A fim de estreitamento desse estudo, a análise limitar-se-á ao procedimento de resolução de demandas repetitivas e ao instrumento da Reclamação Constitucional como meio de garantir a observância obrigatória com precedentes advindos de tal procedimento.

Tal recorte justifica-se em razão da recente decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na Reclamação 36.476 – SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que indeferiu a petição inicial por entender incabível tal instrumento para se questionar a observância a precedente oriundo de julgamento de Recurso Especial Repetitivo, entendimento que destoava, inclusive, da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, como será mais bem detalhado.

Para tanto, há de se analisar o procedimento do CPC/15 para julgamento de Recurso Especial Repetitivo à luz da teoria dos precedentes e abordar o instrumento da Reclamação Constitucional, a partir de sua natureza jurídica e finalidade, com objetivo de verificar se a decisão em comento se mostrou satisfatória sob a ótica da autoridade dos precedentes vinculantes.

1. A Reclamação Constitucional

1.1. O surgimento e desenvolvimento da reclamação constitucional

A reclamação constitucional é um instituto genuinamente brasileiro, cujo o surgimento foi essencialmente jurisprudencial, no bojo do Supremo Tribunal Federal, como fruto da aplicação da teoria dos poderes implícitos, desenvolvida no direito norte-americano⁷. Surgiu pela necessidade de um mecanismo de preservação da competência da Corte Superior, impedindo sua usurpação, e garantia da autoridade de suas decisões, que não podem ser ignoradas ou descumpridas pelas instâncias inferiores.

A ideia básica por trás da teoria dos poderes implícitos é essencial para o desenvolvimento do Estado, de que às competências deferidas constitucionalmente são ínsitos os poderes, meios ou instrumentos necessários para sua efetivação. Em outras palavras, quando a Constituição atribui a determinado órgão uma competência, ela também confere, ainda que de forma implícita, os poderes para que esta competência possa ser exercitada⁸.

A célebre coletânea *Federalist Papers*, dos artigos escritos por John Jay, Alexander Hamilton e James Madison ao povo do Estado de Nova Iorque em defesa do texto constitucional que seria ratificado, em 1787, na Convenção da Filadélfia, destaca a relevância da teoria dos poderes implícitos. No *Federalist* n. 44, os autores afirmam: "Nenhum axioma é mais claro no Direito, ou na razão, do que aquele segundo o qual sempre que um fim é imposto os meios são autorizados; sempre que uma competência geral é dada para que se realize algo, estão implícitos todos os particulares poderes necessários para tanto"⁹.

7 Madison, no *Federalista*, trouxe a ideia de que desde que um fim é reconhecido necessário, os meios são permitidos, ou seja, todas as vezes que é atribuída uma competência geral para fazer alguma coisa, nela estão compreendidos todos os poderes particulares necessários para realizá-la (Ver em PACHECO, José da Silva. **A “Reclamação” no STF e no STJ de acordo com a nova constituição**. Revista dos Tribunais, v. 78, n. 646, ago. 1989).

8 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

9 “No axiom is more clearly established in law, or in reason, than that wherever the end is required, the means are authorized; wherever a general power to do a thing is given, every particular power necessary for doing it is included”. (The *Federalist Papers* - A Penn State Electronic Classics Series Publication. Pennsylvania: Pennsylvania State University, 2001. p. 203. Disponível em: <https://www.lumsa.it/sites/default/files/fed-papers.pdf>. Acesso em: 05 de out. 2021. Tradução livre).

Sob a influência do constitucionalismo americano, nos primórdios da república brasileira, essa teoria fundamentou a criação da reclamação constitucional na jurisprudência do STF, como instrumento de preservação de sua competência e garantia da autoridade de seus julgados, sendo apenas posteriormente positivada no ordenamento, no Regimento Interno do STF.

Segundo Gilmar Mendes, doutrinariamente, apresentam-se quatro fases históricas da reclamação: (a) a primeira teve início com o seu surgimento no STF, pela aplicação da teoria dos poderes implícitos, e vai até 1957; (b) a segunda foi de 1957, com a sua positivação no RISTF, até 1967; (c) a terceira iniciou-se com a sua inserção na Constituição Federal de 1967, e, por fim, (d) a quarta fase, teve início com a Constituição Federal de 1988, com a positivação da reclamação em seus artigos, que preveem expressamente a competência originária do STF e STJ para julgá-la¹⁰.

Durante muito tempo, discutiu-se sobre a constitucionalidade de tal instrumento, sendo parte da doutrina contrária a sua utilização, entendendo que violava os princípios que norteiam as leis processuais e por não ser prevista entre os recursos admissíveis¹¹. A disputa acerca da própria possibilidade de manejo da reclamação só foi apaziguada com a incorporação desta ao Regimento Interno do STF, providência que serviu para explicitar de forma clara as hipóteses de cabimento da medida, que sejam: a afronta a autoridade de decisão e a usurpação de competência¹².

Nessa perspectiva, a regra contida no art. 115, parágrafo único, “c”, da Constituição de 1967¹³, que autorizava o STF, por meio de seu Regimento Interno, a estabelecer "o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso" deu à Reclamação, e a toda previsão procedimental então contida no Regimento Interno do STF, o aspecto de legalidade estrita. Assim, a partir da Carta de 1967, qualquer oposição, interna ou externa, à medida tornou-se, evidentemente, estéril¹⁴.

10 MENDES, Gilmar Ferreira. **A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas**. Revista Direito Público, n. 12, 2006, p. 23.

11 PACHECO, José da Silva. **A “Reclamação” no STF e no STJ de acordo com a nova constituição**. Revista dos Tribunais, v. 78, n. 646, ago. 1989.

12 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 191.

13 “Art 115 - O Supremo Tribunal Federar funcionará em Plenário ou dividido em Turmas.

Parágrafo único - O Regimento Interno estabelecerá:

(...)

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”.

14 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

A nova ordem constitucional de 1988, por fim, trouxe a previsão expressa da medida no rol de competências do STF (art. 102, I, “I”, CF/88) e estendeu a competência também para o STJ (art. 105, I, “F”, CF/88), consagrando o instituto reclamatório no ordenamento jurídico. Posteriormente, pela Emenda Constitucional 92/2016, conferiu a competência também para o TST (com inclusão do § 3º do artigo 111-A, da CF/88¹⁵).

Por fim, o Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 988 e seguintes, alterou a regulamentação do instrumento reclamatório, até então dada pela Lei 8.038/1990, introduzindo outras hipóteses de cabimento, para garantia da observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. Uma das modificações mais importantes ligadas ao sistema de precedentes é a ampliação do cabimento da reclamação constitucional, agora sendo cabível em qualquer tribunal, com o objeto de controle de atendimento de julgamento advindo de casos repetitivos¹⁶.

Antes de tecer mais comentários sobre o histórico desse instrumento e o tratamento conferido pelo novo código, cabe diferenciar a reclamação constitucional da reclamação correccional, também chamada de correição parcial.

1.2. A reclamação constitucional e a reclamação correccional

Sem adentrar na discussão quanto a sua constitucionalidade, a reclamação correccional, como sucedâneo de recurso, surge em razão da restrição que o Código de Processo Civil de 1939 operou em relação à recorribilidade das interlocutórias, como substituto do então chamado "agravo por dano irreparável". Em outras palavras, o CPC de 1939 acabara com o agravo por dano irreparável, mas leis estaduais logo lançaram mão da correição parcial como forma de impugnar decisões que deveriam então ser irrecuráveis, ainda que a correição parcial, em suas origens e em suas verdadeiras funções, fosse medida de natureza administrativo-disciplinar¹⁷.

15 “Compete ao Tribunal Superior do Trabalho processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

16 ARAÚJO, José Henrique Mouta. **A reclamação constitucional e os precedentes vinculantes: o controle da hierarquização interpretativa no âmbito local**. Revista de Processo, v. 252, p. 243-262, fev. 2016.

17 Marcelo Navarro Ribeiro Dantas traz uma criteriosa análise quanto à constitucionalidade ou não da medida. Segundo ele não é a reclamação correccional em si inconstitucional, mas sua deturpação, na utilização com finalidade recursal, cujas previsões em leis estaduais violam a competência exclusiva da União em matéria processual. Ademais, tal utilização também viola o princípio do juiz natural, pois dá a órgão superior, em caráter administrativo, o poder de alterar decisão do juiz competente para o caso.

Com advento do CPC de 1973, a utilização da correição parcial com finalidade recursal deixou de ter justificativa, pelo tratamento dado pelo código a recorribilidade das decisões interlocutórias via agravo de instrumento¹⁸.

De todo modo, mesmo em suas funções legítimas correcionais, de fiscalização da atividade do juiz de primeiro grau, que supostamente tenha cometido erro, omissão ou abuso, a reclamação correcional não se presta a preservar competência de tribunal nem garantir a autoridade de suas decisões, como a reclamação constitucional propriamente dita¹⁹.

Navarro Dantas elenca outras diferenças significativas entre esses dois instrumentos. Diferente da reclamação constitucional, que necessita de provocação, a correição parcial pode ser feita de ofício, como as demais medidas administrativas. Além disso, não pode medida administrativa ter consequências diretas no processo, sob pena de inconstitucionalidade, enquanto a reclamação constitucional, para atingir sua finalidade de preservação da competência ou garantia da autoridade, é suscetível de gerar os mais diversos efeitos na decisão. Por fim, a reclamação correcional atinge apenas os juízes de 1º grau. Nesse ínterim, a reclamação constitucional pode incidir sobre qualquer juízo ou tribunal, especialmente se parte do STF²⁰.

Ademais, o STF, na Rcl 831²¹, diferenciou, de vez, a reclamação constitucional, então prevista no Regimento Interno do STF, da correição parcial, deixando claro que, diferentemente da jurisprudência anterior, a reclamação, ao contrário da correição parcial, não podia ter conotação administrativa ou correcional. Ressalta-se que em tal voto, Amaral Santos afirmou ser pressuposto do cabimento da reclamação a existência de relação processual em curso, classificando-a como espécie de recurso, o que foi posteriormente modificado.

(DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 128 – 130).

18 Ibidem, p. 131 - 143.

19 Ibidem, p. 143.

20 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 144.

21 “Bem por isso, entendo que a correição parcial, criada pelas legislações estaduais não sendo um recuso é, entretanto, um sucedâneo dos recursos, nascido da necessidade de se atacarem certas decisões contra as quais a lei processual não deu recurso. E entendo que a reclamação do nosso Regimento, é recurso criado pelo Supremo, agora com apoio da Constituição, art. 120, parágrafo único, letra c (Rcl 831, Tribunal Pleno, rel. Min. Amaral Santos, j. 11.11.1970, DJ 19.02.1971)”.

Na Rcl 501²², o STF, ampliando o uso da reclamação para atos fora do Poder Judiciário, admitiu o manejo da medida contra ato da Administração Pública, alterando substancialmente seu entendimento até o momento, visto que não poderia ser classificada como recuso, e reabriu a discussão quanto sua natureza jurídica. Tal hipótese foi corroborada pela positivação na Emenda Constitucional 45/2004, que instituiu a súmula vinculante, no art. 103 – A da CF/88, possibilitando a utilização da reclamação, em seu § 3º, contra ato administrativo ou decisão judicial contrários a súmula ou que a aplicasse indevidamente²³. Importa, assim, analisar a natureza jurídica de tal instituto.

1.3. A natureza jurídica da reclamação

O estudo da reclamação constitucional muito se debruçou sobre a definição de sua natureza jurídica.

Primeiramente, cabe enquadrá-la como ato jurisdicional ou medida administrativa. Como já dito, o cabimento de reclamação contra ato administrativo foi admitido no STF a partir da Rcl 501, superando seu entendimento anterior, estando, ainda, explicitado no § 3º do art. 103-A, da Constituição Federal de 1988 (referente à súmula vinculante). Se pode veicular impugnação a decisão administrativa, não tem a reclamação, ela mesma, caráter de medida administrativa, visto que um órgão do Judiciário não tem poder para anular, administrativamente, ato de outro poder²⁴. Essa anulação, pelo Judiciário, de atos administrativos editados por outro poder apenas pode ocorrer apenas via judicial.

22 “Acórdão do STF, que, em mandado de segurança, anulou o ato demissório de servidor e, sem prejuízo da instauração de novo processo disciplinar, determinou a reintegração deste. Processo instaurado sem o retorno do servidor ao seu cargo. Caso configurador de desacato à decisão do STF, em sua parte final. Reclamação parcialmente deferida (Rcl 501, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 20.09.1995, DJ 20.10.1995)”.

23 "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

(...)

§ 3º **Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal** que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".

24 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Navarro Dantas, em sua obra “Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro”²⁵, faz uma completa análise acerca da natureza jurídica desse instituto, entendendo-o como integrante da jurisdição contenciosa, partindo-se para o questionamento se deve ser considerado recuso, incidente processual ou ação. Um primeiro ponto para rejeitar sua natureza como recurso ou incidente processual está no próprio fato que a reclamação pode ser proposta contra ato administrativo, fora do poder judiciário, e não apenas contra decisão judicial. Em outras palavras, a propositura da reclamação independe da existência de relação processual em curso.

Não se conhece, também, recurso despido de prazo para sua interposição, ao ponto que a reclamação não possui prazo preestabelecido para seu ajuizamento²⁶. Em relação ao incidente processual, o autor relembra que esse é parte do processo, como um procedimento de determinada ação, e que, após a decisão daquele, essa prossegue ou se extingue. A reclamação, embora acessória, nem sempre é incidental, podendo ser posterior a uma ação já decidida, ou até mesmo anterior a existência de um processo, como, por exemplo, no caso de mero inquérito em instância inferior que usurpava a competência do tribunal superior por poder redundar em denúncia contra pessoa com foro privilegiado nessa corte²⁷.

Concluindo, mesmo que por exclusão, pela natureza de ação, destaca-se que a reclamação possui todos os seus elementos necessários. Por meio dela, se provoca a jurisdição, fazendo um pedido de tutela jurisdicional – que imponha o cumprimento da decisão ou que preserve a competência da corte, além de instalar uma lide, pela presença das partes, pedido e causa de pedir. Além disso, sujeita-se a reclamação ao juízo de admissibilidade, no qual se afere os pressupostos processuais e condições da ação, e posteriormente, dada a decisão de mérito, produz coisa julgada material só desconstituível por ação rescisória²⁸. Quanto a esse último ponto, cabe salientar que, em tese, duas ações rescisórias são cabíveis, a primeira, contra a decisão que transitou em julgado no processo original e a segunda, contra a decisão na reclamação²⁹. Assim, se há possibilidade de

25 O autor analisa as características da reclamação de forma detalhada, descartando-a como medida administrativa, processo de jurisdição voluntária ou mero procedimento, concluindo por integrar a jurisdição contenciosa. (Ver em: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 200, p. 431 – 452).

26 Ibidem, p. 454.

27 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 459.

28 Ibidem, p. 460.

29 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ajuizamento de duas ações rescisórias, segue-se que se tem, na reclamação, uma segunda ação distinta, e não mero recurso ou incidente processual relativo à primeira ação.

Por fim, apesar de alguns acórdãos da Suprema Corte posicionarem o instituto no direito de petição constitucional, não há de se confundir esse direito com o de propor ações e de estar em juízo para pleitear uma decisão judicial, eis que necessário, para a última, a assistência de advogado. Ademais, é inegável o caráter decisório do pronunciamento feito em uma reclamação. Como último destaque, pode-se extrair da norma constitucional que o exercício do direito de petição será isento do pagamento de qualquer quantia, contudo, não é este, contraditoriamente, o posicionamento do STF, uma vez que são cobradas custas para o ajuizamento de reclamações no referido Tribunal³⁰.

Definida sua natureza jurídica, é relevante entender a utilização desse instrumento ao longo do tempo, especialmente no STF, no âmbito do controle abstrato e concreto de constitucionalidade, e suas implicações.

1.4. O controle abstrato de constitucionalidade e o cabimento de reclamação: eficácia erga omnes e efeito vinculante

Muito poderia se discorrer quanto ao histórico do cabimento da reclamação no controle de constitucionalidade abstrato, mas não é o objetivo do presente trabalho. Cabe, todavia, apenas citar alguns aspectos sobre seu percurso histórico para entender sua relação com a eficácia erga omnes das declarações de constitucionalidade e inconstitucionalidade proferidas pelo STF e o surgimento do efeito vinculante jurisdição brasileira.

Inicialmente, a eficácia erga omnes deve ser compreendida como a qualidade pela qual a decisão definitiva de mérito, proferida pelo Supremo no controle abstrato de constitucionalidade, retira da ordem jurídica a norma declarada inconstitucional³¹. Por retirar do mundo jurídico determinada norma, a decisão se impõe a todas as pessoas, inclusive as que não participaram do processo. Como consequência da eficácia erga omnes, a lei declarada constitucional pelo STF não poderá ser declarada inconstitucional por outros juízes e tribunais e a interpretação conforme a constituição poderá ser utilizada como causa de pedir em ação individual, não podendo ser contrariada. Ademais, a lei

30 MAGALHÃES, Breno Baía. **Considerações acerca da natureza jurídica da Reclamação Constitucional**. Revista de Processo, v. 37, n. 210, p. 399-424, ago. 2012.

31 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1519-1525.

declarada inconstitucional, bem como a declaração de nulidade parcial, não poderá ser utilizada como causa de pedir em ação individual, nem aplicada pelos demais juízos.

No Direito brasileiro, pela da convivência dos modelos de controle via principal e concreto, a eficácia erga omnes não é suficiente à garantia da autoridade da decisão definitiva de mérito do Supremo³². Isso porque, embora os tribunais inferiores possuam competência para decidir acerca da constitucionalidade de determinada lei em controle incidental, essa somente poderia ser exercida enquanto não houvesse pronunciamento do Supremo sobre a norma, na via principal. A partir da decisão da Corte Suprema, em controle abstrato, os demais tribunais inferiores devem adotar seu entendimento, em razão da eficácia erga omnes.

Para se limitar a via incidental aos demais órgãos do Poder Judiciário, evitando decisões discrepantes, uma vez tendo sido afirmada pelo STF a constitucionalidade de determinada lei, em ação declaratória pela via principal, surgiu a ideia do efeito vinculante, de forma a complementar a eficácia erga omnes³³.

Assim, o efeito vinculante, no Brasil, pode ser definido como a qualidade pela qual a inobservância, pelos demais órgãos do Poder Judiciário, do dispositivo da decisão do Supremo em controle abstrato fica sujeita ao ajuizamento de reclamação³⁴. Enquanto a observância obrigatória da decisão constitucional é consequência da eficácia erga omnes, o efeito vinculante agrega o instrumento para controle dessa obediência, a reclamação constitucional, como se infere da análise da evolução histórica da jurisprudência do Supremo Tribunal³⁵.

O primeiro julgado que introduziu a discussão quanto ao uso da reclamação para assegurar a autoridade de decisão do Supremo em controle abstrato de constitucionalidade foi a Rcl 136³⁶. Naquele momento a Corte decidiu que não caberia esse instrumento para analisar decisão que aplicou norma considerada inconstitucional pelo STF for faltar legitimidade a parte prejudicada, visto não ter participado do processo

32 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

33 Ibidem.

34 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

35 Ibidem.

36 “Reclamação relativa ao cumprimento de acórdão do STF proferido em representação – Falta de legitimidade do reclamante, que não interveio na causa originária (Regimento Interno do STF, art. 156) – Voto vencido – Reclamação não conhecida” (Rcl 136, Tribunal Pleno, Rel. Min. Soares Muñoz, j. 26.05.1982, DJ 01.11.1982)

de fiscalização abstrata. Julgados posteriores reafirmaram esse entendimento, como na Rcl 208³⁷, trazendo, inclusive, argumentos de política judiciária para sua reforçar sua inadmissão. Dessa forma, apesar de reconhecida a eficácia erga omnes das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, e, portanto, a obrigatoriedade de observação pelos juízos inferiores, não entendeu a Corte Suprema, naquele momento, pela legitimidade ampla à reclamação.

Após o advento da Constituição Federal de 1988 e a ampliação do rol de legitimados para controle objetivo de constitucionalidade, o STF, na Rcl 397 MC-QO³⁸, passou a admitir a propositura de reclamação por pessoa diversa da que propôs a ação direta, desde que seja legitimado do art. 103 da CF para o mesmo controle abstrato. Ressalta-se que a justificativa para tal ampliação foi justamente a “notória insubordinação” de alguns tribunais às teses jurídicas consagradas pelo Supremo em controle abstrato.

A EC 3/1993, que alterou o art. 102, §2º, CF, positivou de forma expressa o efeito vinculante, todavia restringindo apenas à ação declaratória de constitucionalidade³⁹. Posteriormente, a Lei 9.868/1999, no art. 28, parágrafo único, dispôs do efeito vinculante para ação direta de inconstitucionalidade, sendo esse incorporada na Constituição Federal com a EC 45/2004⁴⁰.

37 Reclamação contra atos judiciais sob o fundamento de desrespeito a autoridade de decisão do STF em representação de inconstitucionalidade – Contra ato judicial que aplica norma declarada inconstitucional pelo STF em representação de inconstitucionalidade não cabe reclamação, pela parte prejudicada naquela relação processual, sob fundamento de, como terceiro interessado, visar a garantir a autoridade da decisão desta Corte. Reclamação não conhecida” (Rcl 208, Tribunal Pleno, Rel. Min. Oscar Corrêa, relator para acórdão Min. Moreira Alves, j. 19.11.1986, DJ 06.12.1991)

38 “Reclamação - Garantia da autoridade de decisão proferida pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade - Excepcionalidade do seu cabimento - Ausência de legitimidade ativa - Pedido não conhecido. - O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o STF, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais. A natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta (Rcl 354, rel. Min. Celso de Mello). Coloca-se, contudo, a questão da conveniência de que se atenuem o rigor dessa vedação jurisprudencial, notadamente em face da notória insubmissão de alguns Tribunais judiciais às teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo STF em ações diretas de inconstitucionalidade. - A expressão 'parte interessada', constante da Lei 8.038/90, embora assumam conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados, deverá no processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, limitar-se apenas aos órgãos ativos ou passivamente legitimados a sua instauração (CF, art. 103). Reclamação que não é de ser conhecida, eis que formulada por magistrados, estranhos ao rol taxativo do art. 103 da Constituição” (Rcl 397 MC-QO, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.11.1992, DJ 21.05.1993).

39 “§2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (incluído pela EC 3/1993).

40 “§2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (incluído pela EC 45/2004).

O julgado que primeiro admitiu o efeito vinculante às hipóteses constitucionalmente previstas foi o Rcl 1.880 AgR⁴¹, que concluiu pelo cabimento da reclamação como reflexo da eficácia vinculante concedida as ações abstratas, devendo sua legitimidade ser ampliada a todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões contrárias ao julgado da Corte Constitucional.

Infere-se, portanto, que a possibilidade de ajuizamento de reclamação por pessoas que não participaram diretamente do processo jamais foi admitida pelo Supremo como consequência direta da eficácia erga omnes. Sua admissão apenas ocorreu com a introdução do efeito vinculante do controle abstrato brasileiro, como forma de fechar-se a via do controle incidental de constitucionalidade a partir do momento em que o STF firmasse juízo acerca da constitucionalidade da lei, ainda que em sede cautelar⁴².

Importa agora analisar o alcance dado ao efeito vinculante das decisões da Corte Suprema e seu impacto na instrumentalidade da reclamação.

1.5. Efeito vinculante e a transcendência dos motivos determinantes

O STF, no julgamento da Rcl 1987⁴³, entendeu pela aplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes de forma a legitimar o cabimento da

41 “Questão de ordem. Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento de mérito. Parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/1999: Constitucionalidade. Eficácia vinculante da decisão. Reflexos. Reclamação. Legitimidade ativa. 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.868/1999, art. 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2.º do art. 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8.038/1990, art. 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADIn 1.662-SP (DJ 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido” (Rcl 1880 AgR, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Correa, j. 07.11.2002, DJ 19.03.2004).

42 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

43 "Reclamação. Cabimento. Afronta à decisão proferida na ADIn 1.662-SP. Sequestro de verbas públicas. Precatório. Vencimento do prazo para pagamento. EC 30/2000. § 2.º do art. 100 da CF. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de sequestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela EC 30/2000. Decisão tida por violada - ADIn 1.662-SP, Maurício Corrêa, DJ 19.09.2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo

reclamação quando ocorrência de violação a decisão do STF em controle abstrato, mesmo que a ofensa tenha se dado de forma oblíqua. Isso porque, norma diversa àquela analisada em ação direta, todavia com idêntico conteúdo, não pode ser utilizada de forma a autorizar ato ou decisão em desacordo com a orientação do Supremo, sob o pretexto de não constar em seu dispositivo, visto que “os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades”.

Essa orientação, todavia, foi superada em posteriores julgados da corte, rejeitando a aplicação da teoria da transcendência, em preocupação com o grande número de reclamações que poderiam ser interpostas ao tribunal, ou seja, em nítida decisão de política judiciária. Na Rcl 3014⁴⁴, o voto da relatora ministra Cármen Lúcia afirma expressamente que a reclamação não pode ser utilizada “para se pleitear a extensão da declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais a outros que não os contemplados na parte dispositiva de decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade”. Esse julgado foi utilizado para se negar conhecimento a uma série de reclamações posteriores sob o fundamento que a Corte havia rejeitado a teoria da transcendência.

em vista que a superveniência da EC 30/2000 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2.º do art. 100 da CF. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de sequestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADIn 1.662. Reclamação admitida e julgada procedente" (Rcl 1987, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01.10.2003, DJ 21.05.2004).

44 "Reclamação constitucional. Alegado desrespeito ao acórdão da ação direta de inconstitucionalidade 2.868. Inexistência. Lei 4.233/2002, do Município de Indaiatuba/SP, que fixou, como de pequeno valor, as condenações à Fazenda Pública municipal até R\$ 3.000,00 (três mil reais). Falta de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático. 1. O STF, ao julgar a ADIn 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/2002. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal. 2. Inexistência de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático. Enquanto aquela reconheceu a inconstitucionalidade da Lei municipal 4.233/2002 'por ausência de vinculação da quantia considerada como de pequeno valor a um determinado número de salários-mínimos, como fizera a norma constitucional provisória (art. 87 do ADCT)', este se limitou 'a proclamar a possibilidade de que o valor estabelecido na norma estadual fosse inferior ao parâmetro constitucional'. 3. Reclamação julgada improcedente" (Rcl 3014, Tribunal Pleno, rel. Min. Ayres Britto, j. 10.03.2010, DJe 20.05.2010).

Cabe analisar que, ao limitar o efeito vinculante à parte dispositiva da decisão em ação direta, outras leis com igual conteúdo àquela considerada inconstitucional, todavia não contempladas na decisão em controle abstrato, permanecem produzindo seus efeitos concretos. Assim, até serem eventualmente objeto de ação direta (cujo procedimento é muito mais dispendioso e improvável) ou serem abordadas via Recurso Extraordinário (o que poderia levar a uma enxurrada de interposições) permaneceria o desacordo com o entendimento do Supremo. O conteúdo essencial da decisão do Supremo em ação direta acaba, assim, por ser desrespeitado sob um ponto de vista amplo do ordenamento jurídico, em desacordo com a ideia de um sistema de precedente, o que será discutido mais adiante.

Por fim, a EC 45/2004, que inseriu a súmula vinculante no texto constitucional (art. 103-A, § 3.º, CF), prevendo a reclamação como mecanismo para assegurar sua obediência pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública⁴⁵, acabou por conferir efeito vinculante, na hipótese, às razões de decidir, ou seja, aos motivos determinantes. Isso porque, a relevância da súmula não está em seu enunciado em si (esvaziado de seu contexto fático), mas sim da tese firmada no(s) precedente(s) que a motivaram. Dessa forma, o próprio legislador elegeu hipótese de cabimento de reclamação para se fazer respeitar a *ratio decidendi* de precedente (no caso, que motivou a criação sumular), o que reforça a ideia da reclamação como instrumento apto para obediência dos precedentes da alta Corte.

1.6. A força obrigatória dos precedentes em controle concreto do STF e o cabimento da reclamação

O sistema de controle difuso de constitucionalidade existe no Brasil desde a Proclamação da República, sendo afirmado pelo Dec. 848/1890, também chamado de "Constituição Provisória"⁴⁶. Em razão da tradição de *civil law*, não se consolidou na doutrina brasileira o reconhecimento da força obrigatória das decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade⁴⁷.

45 "§ 3.º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao STF que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".

46 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1519-1525 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1250.

47 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Todavia, segundo Marinoni⁴⁸, o fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas pela Corte Suprema, confere ao juiz brasileiro uma posição distinta em relação aos magistrados dos demais países de tradição de *civil law*. No Brasil, um juiz de primeiro grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, tem o poder de negar a lei desconforme à Constituição, dar sentido judicial à lei através das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais⁴⁹. Sendo esse controle da constitucionalidade deferido ao Supremo Tribunal e à magistratura ordinária, é imprescindível um sistema de precedentes a fim de se dar coerência ao significado da Constituição⁵⁰.

Ademais, o art. 481, parágrafo único, do CPC/1973 (atual art. 949, parágrafo único do CPC/2015) já dispunha que “órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão”, deixando implícita a obrigatoriedade de vinculação dos juízos de 1.º grau e demais tribunais aos precedentes do Pleno do Supremo em controle concreto. Cabe salientar que o procedimento de julgamento no plenário do STF para questões constitucionais incidentais ou principais é muito semelhante.

Há de se concluir pela necessidade de reconhecimento da força obrigatória das decisões do Supremo em sede de controle incidental de constitucionalidade, visto que é impossível a administração racional de um sistema de controle difuso de constitucionalidade sem a regra do *stare decisis*⁵¹, sob pena de violação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Com último argumento pelo reconhecimento da força obrigatória das decisões do Supremo em controle incidental de constitucionalidade está a instituição, pela EC 45/2004, que incluiu o § 3.º ao art. 102 da CF/1988)⁵², do requisito de admissibilidade do

48 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

49 Ibidem.

50 Ibidem.

51 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

52 “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. (incluída pela EC 45/2004).

Recurso Extraordinário chamado de “repercussão geral”, que reforça o papel do STF de garantir a unidade da ordem jurídica mediante a guarda da Constituição⁵³.

Não outro foi o entendimento do STF na Rcl 10.79362⁵⁴, que reconheceu que as decisões proferidas pelo seu Plenário, quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral, vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de casos que versem sobre idêntica controvérsia. Todavia, nesse mesmo julgamento a Corte Suprema não chancelou o cabimento da reclamação no caso de contrariedade à decisão do STF firmada em controle concreto, pois trataria de acesso *per saltum* à Corte, que não é admitido. Decisões posteriores confirmaram esse posicionamento e sobre esse aspecto devem ser traçadas algumas considerações.

Na vigência do antigo código de processo civil, o único meio de impugnação cabível em virtude de desobediência pelo juízo a quo de tese firmada em recurso extraordinário sob regime de repercussão geral era por meio de recurso próprio, não sendo cabível reclamação. No caso em que a corte de origem entende pela aplicação de entendimento externado em decisão de mérito em recurso extraordinário resolvido sob o

53 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

54 "Reclamação. Alegação de inobservância por magistrado de primeira instância da decisão proferida pelo plenário do STF no julgamento do mérito do RE 583.955-RG/RJ. Instituto da repercussão geral. Competência dos tribunais de origem para solucionar casos concretos. Correção da eventual desobediência à orientação estabelecida pelo STF pela via recursal própria, em julgados de mérito de processos com repercussão geral reconhecida. Reclamação não conhecida. 1. As decisões proferidas pelo Plenário do STF quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia. 2. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do STF tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema. 3. O legislador não atribuiu ao STF o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento. 4. A Lei 11.418/2006 evita que o STF seja sobrecarregado por recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, pois atribuiu aos demais Tribunais a obrigação de os sobrestarem e a possibilidade de realizarem juízo de retratação para adequarem seus acórdãos à orientação de mérito firmada por esta Corte. 5. Apenas na rara hipótese de que algum Tribunal mantenha posição contrária à do STF, é que caberá a este se pronunciar, em sede de recurso extraordinário, sobre o caso particular idêntico para a cassação ou reforma do acórdão, nos termos do art. 543-B, § 4.º, do CPC. 6. A competência é dos Tribunais de origem para a solução dos casos concretos, cabendo-lhes, no exercício deste mister, observar a orientação fixada em sede de repercussão geral. 7. A cassação ou revisão das decisões dos juízes contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral há de ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária. 8. A atuação do STF, no ponto, deve ser subsidiária, só se manifesta quando o Tribunal a quo negasse observância ao leading case da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão, conforme previsão legal específica constante do art. 543-B, § 4.º, do CPC. 9. Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação. 10. A novidade processual que corresponde à repercussão geral e seus efeitos não deve desfavorecer as partes, nem permitir a perpetuação de decisão frontalmente contrária ao entendimento vinculante adotado pelo STF. Nesses casos o questionamento deve ser remetido ao Tribunal competente para a revisão das decisões do Juízo de primeiro grau a fim de que aquela Corte o aprecie como o recurso cabível, independentemente de considerações sobre sua tempestividade. 11. No caso presente tal medida não se mostra necessária. 12. Não conhecimento da presente reclamação" (Rcl 10793, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 13.04.2011, DJe 03.06.2011).

regime da repercussão geral, não cabe nem ao menos agravo ao STF, sendo a única medida cabível o agravo interno, a ser analisado pelo próprio tribunal de origem.

Dessa forma, no caso de o tribunal de origem entender pela aplicação de determinado precedente do STF expedido em sede de controle concreto, com repercussão geral, sendo reafirmado pelo mesmo tribunal, em agravo interno, tal decisão se tornaria irrecorrível, sob a justificativa de não se levar toda e qualquer questão à Corte *ad quem* sob o pretexto de correção de equívocos. Tal raciocínio possui coerência com a ideia de um sistema de precedentes (como se demonstrará no próximo capítulo), no qual o papel das Cortes Superiores não é o de corrigir equívocos passados (como Cortes de Cassação), mas o de interpretar o direito, direcionando a aplicação prática futura⁵⁵.

Todavia, há hipóteses em que pode remanescer a necessidade de acesso ao Supremo após o julgamento do agravo interno pelo Tribunal a quo, quando demonstrada a superação da tese firmada (*overruling*) ou a diferenciação entre o contexto fático do caso concreto e o da tese do Supremo (*distinguishing*). Vale ressaltar que ambas as técnicas necessitam de exposto enfrentamento, não sendo suficiente sua simples invocação a pretexto de provocar novamente o Poder Judiciário⁵⁶.

Assim, mesmo no contexto de aplicação do regime da repercussão geral, deve existir uma via, mesmo que subsidiária, capaz de acessar o STF, pois é dele a última palavra a respeito da interpretação de seus julgados, e a ele incumbe, também, dar a última palavra acerca da existência ou não de distinção quanto aos seus precedentes⁵⁷.

Caso o STF afirmar a ausência de distinção, reclamações posteriores não deverão ser admitidas. Todavia, se o STF reconhecer a distinção, então a melhor solução será converter a própria reclamação em recurso extraordinário com repercussão geral, ou determinar a subida do recurso extraordinário barrado na origem, a fim de, assim, gerar um novo precedente, com força obrigatória para os casos a ele idênticos⁵⁸. A mesma lógica decorre dos precedentes do STJ, que dá a última palavra sobre direito federal, e que será abordado mais a frente.

55 MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes [livro eletrônico]: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Segundo Marinoni, a Corte Superior “passa a ser uma Corte de Precedentes, deixando de ser uma corte de correção. O seu objetivo é definir a interpretação, mediante a instituição de precedente, para a tutela da igualdade de todos perante o direito; não mais a de revelar o exato sentido da lei, sedimentando jurisprudência uniforme, para o controle da legalidade das decisões”.

56 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

57 Ibidem.

58 Ibidem.

Essa possibilidade de acesso às cortes superiores por meio da reclamação, em último caso, quando realizada distinção ou superação de precedente, se mostra ainda mais importante nesse momento de transição para uma cultura jurídica de respeito e obediência ao entendimento manifestado pelas cortes de vértice⁵⁹ (como será melhor detalhado no próximo capítulo). Isso porque, seja pela desobediência deliberada ou pela interpretação equivocada de precedente, os tribunais superiores devem possuir instrumento capaz de fazer valer seu posicionamento e a reclamação possui tal caráter pedagógico.

1.7. Hipóteses de cabimento da reclamação no novo CPC/2015

Antes de adentrar no tratamento dado à reclamação no novo Código de Processo Civil, é pertinente frisar as modificações ocorridas nesse regramento quanto ao rito de julgamento dos recursos repetitivos. O CPC/15 disciplinou de forma expressa a decisão de afetação (art. 1.037, caput) e elencou as consequências a serem observadas nos tribunais de origem e de destino, inclusive caso não seja proferida tal decisão (art. 1.037, § 1.º)⁶⁰. Além disso, há dispositivos que apontam para a preocupação com o processo de formação do precedente e com a necessidade de clareza acerca de seus fundamentos, o que inicia na própria seleção dos recursos (arts. 1.036, § 6.º), e culmina na necessidade de discussão de todos os fundamentos relevantes relativos à tese jurídica debatida (art. 1.038, § 3.º)⁶¹. Dispôs, também, sobre a suspensão de todos os processos (e não apenas dos recursos especiais e extraordinários) que versem sobre a questão objeto do recurso repetitivo (arts. 1.037, II); o procedimento para exclusão, por intempestividade, de recurso da decisão de sobrestamento (art. 1.036, §§ 2.º e 3.º); o estabelecimento de procedimento para que seja reconhecida a distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela objeto de decisão de afetação (art. 1.037, §§ 9.º a 13); e, por fim, a possibilidade de ajuizamento de reclamação (art. 988, § 5.º, II)⁶².

O novo CPC estabeleceu, ainda, no seu art. 988, IV, a possibilidade de ajuizamento de reclamação para a afirmação de autoridade de julgamento de "incidente de resolução de demandas resolutiveas" e de "incidente de assunção de competência", nos tribunais ordinários, agregando força vinculante aos julgamentos dessas espécies.

59 Ibidem.

60 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

61 Ibidem.

62 Ibidem.

Todavia, cabe frisar que tribunais ordinários não produzem precedentes, sendo estes frutos apenas da interpretação das cortes superiores que possuem a missão de dar unidade ao direito. Os tribunais ordinários atuam no controle da justiça do caso concreto, contexto no qual a exploração dos possíveis significados da lei é apenas um meio para alcançar-se este fim⁶³. Assim, apesar da relevância desses institutos para a concretização de preciosos princípios, como celeridade da prestação jurisdicional, isonomia e segurança jurídica, seus julgados não são precedentes nem são oponíveis frente as decisões dadas pelas cortes superiores.

Dessa forma, os incidentes em questão assentam-se sobre a compatibilização vertical que decorre do *stare decisis*, segundo a qual os juízes de 1.º grau devem obedecer às decisões do tribunal de 2.º grau a que estiverem vinculados e que, igualmente, os órgãos fracionários dos tribunais devem obedecer às decisões do órgão responsável pela uniformização de jurisprudência da corte⁶⁴. Esse critério hierárquico pressupõe que a decisão do órgão responsável pela uniformização do entendimento no tribunal ordinário poderá ser superada por decisão posterior do STF e do STJ, e caso o precedente proferido por estes tribunais superiores divergir da orientação firmada no âmbito do tribunal ordinário, prevalece aquele, e não essa⁶⁵.

Corroborando essa ideia tem-se a regra do § 4º do art. 976⁶⁶, segundo a qual caso estiver pendente de julgamento recurso repetitivo sobre mesma questão, não será possível a instauração do incidente. Nessa hipótese, pode-se, inclusive, ajuizar reclamação ao tribunal competente para julgamento do recurso repetitivo afetado, como medida adequada de insurgência contra a instauração do incidente, sob o fundamento de usurpação de competência⁶⁷.

Em relação as demais hipóteses autorizativas da reclamação, o CPC/2015 dispôs, no art. 988, seu cabimento para preservar a competência do tribunal, garantir a autoridade de suas decisões, garantir a observância a súmula vinculante e de decisão do STF em

63 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 869.

64 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

65 Ibidem.

66 “§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”.

67 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

controle concentrado de constitucionalidade, e, como já dito, garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência⁶⁸.

A redação original dada a esse artigo previa expressamente, em seu inciso IV, a reclamação para garantia da observância a precedente proferido em “julgamento de casos repetitivos”, incluindo, assim, os recursos especiais e extraordinários repetitivos, alinhado ao espírito presente no ordenamento processual de fomento a um sistema de precedentes. Todavia, tal redação foi modificada suprimindo sua generalidade.

Apesar de aparente restrição, o parágrafo 5º do mesmo artigo prevê, como causa de inadmissão, reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, antes de esgotadas as instâncias ordinárias. Corroborando essa ideia, segundo Marinoni, é plenamente cabível a reclamação em face de julgamentos em desacordo com precedentes formados em recursos repetitivos, desde que respeitada a limitação temporal, qual seja o esgotamento das instâncias ordinárias⁶⁹.

Desta forma, implicitamente o novo código manteve o cabimento da reclamação para garantia de observância ao julgado em recurso especial ou extraordinário repetitivo, apenas adicionando como requisito para sua propositura o esgotamento das vias ordinárias, demonstrando clara preocupação com o grande acervo de processo dos tribunais

68 “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

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;

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será atuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 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.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação”.

69 MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes [livro eletrônico]: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

superiores. Entretanto, outro foi o entendimento do STJ na Rcl 36.476, julgada pela Corte Especial, será melhor detalhada adiante.

A partir do exposto, é possível afirmar que a reclamação tem natureza de ação, de competência originária dos Tribunais Superiores e Locais, naqueles casos previstos na Constituição Federal, nos respectivos regimentos internos, e no art. 988 do CPC/2015. A reclamação aparece como importante instrumento, uma vez que se propõe um novo papel a esta importante ação constitucional, qual seja o de promover a vinculatividade de precedentes e sua respectiva alteração, quando não mais serão cabíveis novos recursos superpostos às Cortes de Precedentes⁷⁰. Ademais, o instituto reclamatório cassa ou anula o ato violador, não reformando este ato, mas sim determinando que o órgão julgante inferior profira nova decisão, sem os vícios da primeira, que fora cassada, possuindo nítido caráter pedagógico, ponto essencial para o fomento a uma cultura de respeito aos precedentes judiciais⁷¹.

A seguir será realizado um breve apontamento acerca do procedimento dessa ação, para, após, discorrer sobre a influência contemporânea da tradição jurídica da common law no Brasil, o novo papel das cortes superiores como cortes de interpretação e criação do direito e a tentativa de sedimentação de uma cultura voltada respeito aos precedentes.

1.8. Aspectos procedimentais da reclamação

A reclamação, segundo Daniel Mitidiero, é instrumento do instrumento, pois mantém relação apenas mediata com o direito⁷². A reclamação é um processo autônomo, nada obstante instrumentalmente ligado a outro, cujo procedimento é especial (abreviado, parcial, exauriente e restrito)⁷³. A superveniência da coisa julgada na origem, posterior ao seu ajuizamento, não prejudica a reclamação, assim como a inadmissibilidade ou julgamento do recurso eventualmente interposto ao mesmo tempo contra a decisão reclamada⁷⁴.

70 PESSOA, Thiago Simões, PUGLIESE, William SOARES. **A reclamação como instrumento de unidade no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 20 n. 3, 2013, p. 592.

71 VEIGA, Daniel Brajal. **O caráter pedagógico da Reclamação Constitucional e a valorização do precedente**. Revista Processo, v. 38, n. 220, jun. 2013.

72 MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas cortes supremas [livro eletrônico]: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

73 Ibidem.

74 Ibidem.

Sendo ação, devem ser atendidos os requisitos previstos no art. 319 e seguintes do CPC/2015, inclusive no que respeita às provas necessárias à comprovação dos vícios apontados pelo reclamante⁷⁵.

É um procedimento abreviado, em que não há espaço para conciliação e não há previsão de momento específico para sua organização e instrução⁷⁶. É restrito a prova documental, que tem de vir com a ação e defesa, e a prova testemunhal oriunda do juiz só é admitida na forma de prova documentada⁷⁷. Ademais, é um procedimento em que o debate e a cognição são parciais, pois, restritos ao conteúdo da decisão tida por violada⁷⁸.

Proposta a reclamação, é autuada e distribuída, podendo o relator julgá-la monocraticamente incabível ou improcedente (art. 932, inciso III e IV, CPC⁷⁹). Havendo pedido de tutela provisória, deverá o relator apreciá-lo, e existindo vício sanável, oportunizar sua emenda (art. 932, parágrafo único, CPC⁸⁰). Após, requisitará informações da autoridade reclamada (art. 989, I, CPC⁸¹), e determinará a citação do beneficiário do ato impugnado (art. 989, III, CPC⁸²), sendo que terceiro interessado poderá também impugnar o pedido do reclamante (art. 990, CPC⁸³). Se o Ministério Público não for parte, será intimado na condição de fiscal da lei. Conclusos os autos, será julgada pelo relator e, sendo procedente, imediatamente cumprida a decisão (art. 992 e 993, CPC⁸⁴).

75 ARAÚJO, José Henrique Mouta. **A reclamação constitucional e os precedentes vinculantes: o controle da hierarquização interpretativa no âmbito local**. Revista de Processo, v. 252, p. 243-262, fev. 2016.

76 MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas cortes supremas [livro eletrônico]: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

77 Ibidem.

78 Ibidem.

79 “Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
 b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”.

80 “Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”.

81 “Art. 989. Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias”.

82 “III - determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua contestação”.

83 “Art. 990. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante”.

84 “Art. 992. Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia.

Art. 993. O presidente do tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.”.

Quanto a pedido de tutela, na reclamação é possível a obtenção de tutela provisória fundada tanto na urgência quanto na evidência⁸⁵. A verificação da probabilidade resulta do cotejo entre a decisão reclamada e a violada, das informações prestadas pela autoridade coatora e da argumentação desenvolvida em torno da interpretação das prescrições constantes da decisão reclamada e da violada⁸⁶. O demandante não tem o ônus de alegar e provar “dano irreparável” para a concessão de tutela de urgência, pois, sendo a tutela contra o ilícito, o demandante tem o ônus de demonstrar a existência apenas de perigo na demora da prestação judicial⁸⁷.

Quanto à legitimidade, cabe frisar que, antes da vigência do Novo CPC/15, a contraparte na reclamação não era a mesma do processo judicial no qual se verifica a desobediência ou a usurpação de competência. Isso em razão da disciplina dada pelos artigos 14, I, e 15, da Lei 8.038/1990⁸⁸ e da jurisprudência histórica do STF, a exemplo da Rcl 449 AgR⁸⁹. Assim, não precisava o beneficiário da decisão impugnada ser indicado na qualidade de reclamado e a ausência de sua cientificação formal não invalidava o processo. Contudo, uma vez intervindo na reclamação, o fazia na qualidade de assistente litisconsorcial, recebendo o feito no estado em que se encontrava, devendo ser intimada de todos os atos processuais que se seguissem à sua intervenção, agora, sim, sob pena de nulidade⁹⁰.

85 MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas cortes supremas [livro eletrônico]: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

86 Ibidem.

87 Ibidem.

88 “Art. 14 - Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias;

II - ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Art. 15 - Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante”.

89 “Reclamação - Possibilidade de intervenção espontânea do interessado - Desnecessidade do chamamento judicial - Ausência de ofensa à garantia do contraditório - Intervenção que se dá no estado em que se encontra o processo - Agravo improvido. - A Lei 8.038/1990 estabelece que qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante (art. 15). O interessado - vale dizer, aquela pessoa que dispõe de interesse jurídico na causa - qualifica-se como sujeito meramente eventual da relação processual formada com o ajuizamento da reclamação. A intervenção do interessado no processo de reclamação é caracterizada pela nota da simples facultatividade. Isso significa que não se impõe, para efeito de integração necessária e de válida composição da relação processual, o chamamento formal do interessado, pois este, para ingressar no processo de reclamação, deverá fazê-lo espontaneamente, recebendo a causa no estado em que se encontra. O interessado, uma vez admitido ao processo de reclamação - e observada a fase procedimental em que este se acha -, tem o direito de ser intimado dos atos e termos processuais, assistindo-lhes, ainda, a prerrogativa de fazer sustentação oral, quando do julgamento final da causa. Precedente” (Rcl 449 AgR, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.12.1996, DJ 21.02.1997).

90 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Com a entrada em vigor do Novo CPC, que estabeleceu, no art. 989, III⁹¹, a necessidade de citação do beneficiário da decisão judicial impugnada para contestar, no prazo de 15 (quinze) dias, tem-se, no polo passivo da reclamação, litisconsórcio unitário e necessário entre a contraparte no processo de origem e a autoridade judicial reclamada⁹². O que interessa é a participação de todos os que poderão ser diretamente afetados, porque do contrário há violação do direito ao contraditório⁹³.

Quanto a causa de pedir na reclamação, é procedimento de cognição parcial, sendo restrita à desobediência de decisão do tribunal ou usurpação de competência da Corte⁹⁴.

No pedido, invoca-se prestação de tutela jurisdicional de caráter constitutivo negativo, com a possibilidade de anulação de ato administrativo ou cassação de decisão judicial, e mandamental, pela determinação de que outra decisão seja proferida⁹⁵.

Vale salientar, que apesar do código não ter definido um prazo preestabelecido para ajuizamento da reclamatória, há a necessidade de sua apresentação antes do trânsito em julgado da decisão, consoante aponta a Súmula n. 734 do STF e, também, o art. 988, § 5.º, do CPC/2015. O trânsito em julgado que interessa é da porção da decisão que contém a violação⁹⁶.

91 “Art. 989. Ao despachar a reclamação, o relator:

(...)

III - determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua contestação”.

92 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 53 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 129-131.

93 MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas cortes supremas [livro eletrônico]: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

94 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e precedentes [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

95 Ibidem.

96 MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas cortes supremas [livro eletrônico]: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

2. O Sistema de Precedentes Judiciais

2.1. Aspectos da tradição jurídica da *common law*

Um importante ponto de partida para se compreender o sistema de precedentes está em se diferenciar as tradições jurídicas da *civil law*, oriunda do sistema romano-germânico, da tradição jurídica da *common law*, advinda do direito inglês. Enquanto a primeira tradição eleva a importância e centralidade da lei escrita e do processo de codificação, a segunda é marcada por um maior papel das cortes judiciais na construção do direito.

Enquanto os direitos da família romano-germânica constituíam conjuntos coerentes em que, em tese, toda a espécie de questões pode e deve ser resolvida pela interpretação legislativa, o direito inglês se apresenta, pelo contrário, como um sistema aberto, que comporta um método que permite resolver toda a espécie de questões, mas não comporta regras essenciais que possam ser aplicadas em todas as circunstâncias⁹⁷.

A origem do nome “common” vem de “costumes”, todavia, segundo René David, não deve se nutrir o equívoco de pensar a *common law* como uma tradição baseada apenas em costumes, como se ausente de racionalidade formal, pois tal simplificação ofusca sua real contribuição para evolução da ciência política⁹⁸. A *common law* “pôde retirar algumas das suas regras dos vários costumes locais outrora em vigor, porém o processo em si de constituição da *common law* consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, que substituísse o direito da época anglo-saxônica, fundado sobre o costume”⁹⁹. Hoje os costumes só têm valor jurídico, se encampados por um precedente¹⁰⁰.

Para entender os principais aspectos da *common law*, é relevante citar alguns pontos de sua história. A data comumente usada para marcar o início da tradição do direito consuetudinário é 1066 d.C., quando os normandos derrotaram os nativos defensores em Hastings e conquistaram a Inglaterra, ou seja, a tradição do direito consuetudinário tem

97 DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 441.

98 DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 437.

99 Ibidem.

100 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

bem mais de novecentos anos¹⁰¹. É curioso o fato que o direito inglês e o direito continental tomaram seus diferentes cursos no mesmo século, quando a civilização inglesa estava mais próxima do continente e menos insular do que em qualquer outro momento¹⁰².

Segundo R. C. Van Caenagem¹⁰³, a ascensão da justiça centralizada e a formação de uma lei comum na Inglaterra ocorreu não por um golpe de gênio, uma promulgação solene criando um novo tribunal de direito e um novo conjunto de regras elaboradas por um grupo de advogados instruídos e estadistas providentes, mas sim gradualmente e ao longo de algumas estradas e caminhos surpreendentes. A nova “lei comum” se originou através de um número de remédios, processos e iniciativas desconectados ou muito vagamente conectados, concebidos para a proteção de vários interesses e a reparação das diferentes formas de injustiça que mais atormentavam a sociedade e precisavam da atenção mais urgente¹⁰⁴.

Segundo o autor, o avanço de um sistema jurídico centralizado e modernizado ocorreu excepcionalmente cedo na Inglaterra, antes que o direito romano estivesse em posição de exercer qualquer influência profunda. Em nenhum lugar da Europa existe um sistema jurídico nacional que tenha eliminado, para todos os efeitos práticos, os modos arcaicos de evidência antes do que na Inglaterra¹⁰⁵.

101 MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007, pg. 3.

102 CAENAGEM, R. C. van. **The birth of the English common law**. 2ª ed. Cambridge: 1988, p. 85.

103 Ibidem, p. 28.

104 Ibidem, p. 33.

105 CAENAGEM, R. C. van. **The birth of the English common law**. 2ª ed. Cambridge: 1988, p. 90-91. “The breakthrough of a centralized and modernized legal system took place exceptionally early in England (and Normandy), before Roman law was in a position to exert any profound influence. In Europe no other royal court was accessible to all free men in the twelfth century; the Paris Parliament did not emerge until the middle of the thirteenth and then, as far as ordinary people were concerned, only as a court of appeal. There is in 1188 in Europe no other book like Glanvill. We have to, wait till the early thirteenth century to find something comparable in France and then only in Normandy, where the Anglo-Norman tradition was vigorous. In the Kingdom of Sicily in spite of some important legislative measures in the twelfth century, the first comprehensive law-book belongs to the time of Frederick II, and his *Libri Augustales* of 1231 are crammed with Roman law. In Saxony around the same time the *Sachsenspiegel* of Eike von Repgau (c. 1224-7) makes an archaic impression in comparison with the older work of Glanvill. Nowhere in Europe is there a national legal system that had done away to all practical intents and purposes with the archaic modes of evidence earlier than in England; nowhere do we find the practice of court enrollments as early as in England. If the modernization of the law came exceptionally early in England, it was also remarkably systematic. The activity of the justices at Westminster and in eyre and the various actions with which they dealt formed a coherent whole and were grasped and described as such. This new law and its judicial apparatus were national and royal. Not local magnates, but the king and his central justices were the bearers of the whole system and its application was nation-wide. This was very unlike the Continent, where local and regional custom reigned supreme and even the central courts judged according to local custom in appeal cases. This modernized law of England was essentially autochthonous, based on known rule and familiar practice. It owed very little to Roman law. Glanvill betrays some acquaintance with the Institutes of

Esse desenvolvimento precoce na Inglaterra se deu, entre outros fatores, a conquista da realeza antiga inglesa na construção de um estado unificado, que forneceu a base política sobre a qual as gerações posteriores puderam construir o *common law*. A Inglaterra aprendera a viver como um país, sob um governo com uma rede nacional de instituições, funcionários e tribunais, durante aqueles mesmos séculos em que em outros lugares o Estado franco e seus sucessores estavam desmoronando e sua administração se desintegrando¹⁰⁶.

O ponto que deve ter o devido destaque está no forte papel dado às cortes nessa tradição, não se limitando ao de resolução de litígio, mas em verdadeira peça fundamental na construção do direito. Isso porque as disposições legislativas somente são assimiladas pelo sistema jurídico inglês quando reafirmadas pelos tribunais, visto que as regras de direito são indissociáveis dos elementos da espécie que limita seu alcance¹⁰⁷. Embora os sistemas de *common law* tenham se modificado e diferenciado ao longo dos anos, a sua principal característica parece sempre ter estado presente, que seja, casos concretos são considerados fonte do direito¹⁰⁸.

A função jurisdicional, nessa perspectiva, não tem apenas a função de dirimir determinada controvérsia posta à apreciação do juízo, mas, além disto, também desempenha a tarefa de estabelecer um precedente com força vinculante, de modo a assegurar que no futuro, em caso análogo, venha a ser decidido da mesma forma¹⁰⁹. Assim, o sistema de precedentes vinculantes faz com que as cortes ajam em duas dimensões: no que diz respeito ao passado, resolvendo os conflitos postos, e criando regras para o futuro, com o papel de fazer direito¹¹⁰.

Justinian, a beginner's textbook, and Bracton, who wrote two generations after Glanvill, knew a good deal of Roman law, both from the Corpus- almost five hundred different sections of the Digest and Code are quoted - and from its commentators - Azo, Tancred and Raymond of Peñafort. But Bracton, with his very real understanding of Roman law, was unrepresentative, an erratic block in the Common Law landscape. He formed no school, neither did his example find followers. Not so on the Continent, where from the twelfth century onwards learned commentaries on the Corpus Juris Civilis and Romano-canonical treatises on procedure appear and, where, more important, we find from the thirteenth century onwards a continuous stream of treatises on customary law and important royal legislation, which had absorbed Roman law to various degrees. But by that time the Common Law and the Common Law courts were already firmly and unshakably established.”

106 Ibidem, p. 93.

107 DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 434.

108 DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 434.

109 MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos Precedentes [livro eletrônico]**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

110 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

Parte-se da premissa que precedentes devem ser seguidos, se não houver nenhuma razão séria para que sejam abandonados. É comum, nos sistemas de *common law*, que o juiz, mesmo não concordando intimamente com a regra constante do precedente, decida de acordo com ele, para a preservação da igualdade na sociedade¹¹¹. Além disso, seguir precedentes é uma questão de cultura, pois, na Inglaterra, mesmo se uma *ratio* tiver somente valor persuasivo, esta será seguida, a não ser que o juiz tenha um sério motivo para não o fazer¹¹².

Também é oportuno que se diga que o modo como os juízes são recrutados no sistema de *common law* também é uma razão para o maior respeito que a sociedade lhes presta, visto que são escolhidos dentre profissionais experientes¹¹³. Historicamente, na Inglaterra, os juristas recebiam seu treinamento nas *Inns of Court*, faculdades técnicas onde aprendiam seu ofício como todos os medievais artesãos, em contato com mestres praticantes, não em universidades aos pés de eruditos que estavam propensos a se perder em controvérsias¹¹⁴.

Na experiência da *common law*, o efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere, sendo que o julgado vincula a própria corte (eficácia interna), bem como todos os órgãos inferiores (eficácia externa)¹¹⁵. Ademais, a existência de comandos expressos na lei não desabona o sistema de precedentes, pois esses vinculam tanto no campo das decisões em que o juiz cria a regra, quanto naquelas em que o juiz aplica a lei¹¹⁶.

Deve-se frisar que as razões de decidir (*ratio decidendi*) do julgado superior não é pontuada ou individualizada pelo órgão julgador que profere a decisão, mas cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a norma legal que poderá ou não incidir na situação concreta¹¹⁷. O precedente, para produzir eficácia vinculante, deve guardar absoluta pertinência substancial com a *ratio decidendi* do caso sucessivo, ou seja, sendo considerado um precedente *in point*¹¹⁸. Se reconhece que os

111 Ibidem.

112 Ibidem.

113 Ibidem.

114 CAENAGEM, R. C. van. **The birth of the English common law**. 2ª ed. Cambridge: 1988, p. 88-89.

115 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 107.

116 R. C. Caenegem Van, Judges, Legislators & Professors, Goodhart lectures apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

117 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 111.

118 Ibidem, pg. 110.

casos nunca são absolutamente idênticos, mas, são consideradas algumas características como sendo relevantes para a decisão e outras não¹¹⁹. Dependendo da postura do juiz, pode o precedente ser interpretado de modo mais restritivo ou ampliativo, se entender que assim fará justiça, não existindo uma submissão cega a anteriores decisões¹²⁰. Esse ponto será mais bem esclarecido no próximo tópico, ao tratar da *ratio decidendi*.

Cabe fazer alguns apontamentos sobre a tradição da *civil law*, da qual o Brasil faz parte, suas concepções basilares, bem como os desafios contemporâneos enfrentados, para se compreender as conexões entre ambas as tradições hodiernamente no direito brasileiro.

Deve-se, todavia, advertir que não se pensa os sistemas como antagônicos em si, mas complementares em certos contornos, visto que, com a evolução da sociedade, e consequentemente da ciência jurídica, ambos os sistemas sofreram modificações e interinfluências. Conforme Cappelletti, “no mundo de hoje, todo o movimento válido de pensamento, toda a concepção que efetivamente reflita as renovadas exigências sociais tende, ainda mais do que pudesse acontecer em outros tempos, a deitar por terra os limites dos países isolados ou nacionais e a assumir um alcance de tendência universal”¹²¹.

2.2. Aspectos da tradição jurídica da *civil law*

O estilo de raciocínio jurídico dos sistemas de *civil law* nasceu a partir da Revolução Francesa, com passagem do poder do monarca para a Nação¹²². Com o fortalecimento da ideia de separação de poderes, colocada a prova pós-revolução, a vontade popular passa a ser considerada a única investida de legitimidade¹²³.

Segundo Merryman & Pérez-Perdomo¹²⁴:

119 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

120 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 108.

121 CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2001, pg. 102.

122 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

123 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 124.

124 MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007, pg. 16-17.

“Antes da Revolução Francesa, as repartições judiciárias eram vistas como propriedade que se podia comprar, vender e deixar ao herdeiro por morte. O próprio Montesquieu herdou esse cargo, ocupou-o por uma década e o vendeu. Os juízes eram um grupo aristocrático que apoiava a aristocracia fundiária contra os camponeses e as classes trabalhadoras e médias urbanas, e contra a centralização do poder governamental em Paris. Quando veio a Revolução, caiu a aristocracia, e com ela caiu a aristocracia do manto. Claramente um segundo princípio da revolução intelectual foi a separação dos poderes governamentais. Vários escritores, notadamente Montesquieu em seu *Spirit of the Laws*, argumentaram persuasivamente a importância fundamental para o governo racional de estabelecer e manter uma separação dos poderes governamentais e, em particular, de distinguir e separar claramente o legislativo e o executivo, no de um lado, do judiciário, de outro. O objetivo era evitar a intrusão do judiciário em áreas - legislativas e de execução das leis - reservadas aos outros dois poderes. Essa atitude em relação ao poder judicial não existia nos Estados Unidos nem antes nem depois da Revolução Americana. [...] Na França, a aristocracia judiciária foi alvo da Revolução não apenas por sua tendência a se identificar com a aristocracia fundiária, mas também por não distinguir muito claramente entre aplicar o direito e fazer o direito. Como resultado dessas falhas, os esforços da Coroa para unificar o reino e impor reformas legislativas relativamente esclarecidas e progressivas foram frequentemente frustrados. Os tribunais se recusaram a aplicar as novas leis, interpretaram-nas de forma contrária à sua intenção ou impediram as tentativas dos funcionários de administrá-las. Montesquieu e outros desenvolveram a teoria de que a única maneira segura de prevenir abusos desse tipo era primeiro separar os poderes legislativo e executivo do judiciário e depois regular o judiciário cuidadosamente para garantir que ele se limitasse a aplicar a lei feita por legislativo e não interferiu no desempenho de funções administrativas dos funcionários públicos”.

Ainda segundo os autores, a ênfase na separação completa dos poderes, com todo o poder legislativo alojado em uma legislatura representativa, foi uma forma de assegurar que ao Judiciário seria negado o poder de legislar. A experiência com os tribunais pré-revolucionários tornou os franceses cautelosos com o direito judicial, argumentando alguns escritores que aos juízes deveria ser negado até mesmo o poder de interpretar a legislação. Ao mesmo tempo, porém, os juízes tinham de decidir todos os casos que lhes eram apresentados, pois as premissas da lei natural secular exigiam que a justiça estivesse disponível para todos¹²⁵.

Além disso, um método comum aos vários países europeus, a *jus commune procedure*, fundado nos princípios da escritura, da mediatidade e da completa inatividade e neutralidade do juiz, sobreviveu, pelo menos em parte, durante todo o século XVIII, e em muitos países durante todo o século XIX e, até, pode-se dizer, os primeiros decênios do século XX¹²⁶.

125 MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007, pg. 30.

126 CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2001, pg. 100.

Como descrito por Cappelletti¹²⁷, nesse método:

“o juiz não entrava em contato direto "imediatamente", com as partes nem, em especial, com as provas (testemunhas, coisas, lugares), por causa da desconfiança na oportunidade ou na equidade de semelhante contato direto e imediato. Preferia-se que se chegasse ao juiz somente o eco atenuado e impessoal dos escritos, redigidos no momento do exame das testemunhas, assim como o da inspeção de lugares, etc. Mas a mesma desconfiança predominava também na valoração das provas. Tendia-se evitar todo o subjetivismo, qualquer "arbitrariedade", e por isso toda possibilidade para o juiz de valorar livremente, de "pensar", em suma, as provas”.

Nesse cenário, o direito passou a ser inteiramente absorvido pelas universidades, onde estudiosos se ocupavam de analisar técnicas jurídicas que acabavam também por servir a propósitos políticos, o que trouxe grande importância a doutrina para os sistemas de *civil law*¹²⁸.

Conforme Caenagem¹²⁹, enquanto o direito inglês preferiu o precedente como base para os julgamentos, se movendo empiricamente de caso para caso, o direito continental tendeu a se mover mais teoricamente pelo raciocínio dedutivo, baseando os julgamentos em princípios abstratos, de forma mais conceitual, mais escolástico e trabalhando mais com definições e distinções, visto que foi moldado pelo Direito Romano das universidades medievais. O professor-acadêmico é o verdadeiro protagonista da tradição da *civil law*¹³⁰.

Segundo Merryman & Pérez-Perdomo¹³¹:

“Legisladores, executivos, administradores, juízes e advogados estão todos sob a influência dos estudiosos. Os estudiosos moldam a tradição do *civil law* e os materiais formais do direito em um modelo do sistema jurídico. Eles ensinam esse modelo para estudantes de direito e escrevem sobre livros e artigos. Legisladores e juízes aceitam suas ideias sobre o que é o direito e, quando legisladores e juízes elaboram o direito, usam conceitos que os estudiosos desenvolveram. Assim, embora a erudição jurídica não seja uma fonte formal do direito, a doutrina carrega imensa autoridade”.

Outro ponto de especial relevância para o desenvolvimento da *civil law* está no processo de codificação. A codificação representava a vontade geral e perante ela não se equiparava qualquer outra fonte de direito¹³². Entendia-se que o juiz não podia interpretar

127 Ibidem, pg. 69.

128 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

129 CAENAGEM, R. C. van. **The birth of the English common law**. 2ª ed. Cambridge: 1988, p. 88.

130 MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007, pg. 56.

131 Ibidem, pg. 60.

132 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 127.

os textos legais, devendo-se limitar a aplicá-los aos casos, pois o que se temia é que, pela via interpretativa, pudesse ser distorcido o texto¹³³.

Se a insistência na separação total entre o poder legislativo e o judiciário ditava que os códigos fossem completos, coerentes e claros, o espírito dominante do racionalismo otimista convenceu seus enfeitados de que era possível elaborar uma legislação sistemática que tivesse essas características para tal, de forma que a função do juiz se limitaria a selecionar a disposição aplicável do código e dar-lhe seu significado óbvio no contexto do caso¹³⁴.

Consequentemente, os juízes tinham de obedecer à lei e decidir os casos precisamente de acordo com ela, devendo ser feita expressa referência ao texto legal na fundamentação de suas decisões¹³⁵. Havia uma crença profunda no sentido de que a vontade do povo estava efetivamente refletida na lei e, consequentemente, entendia-se que esta deveria ser respeitada literalmente¹³⁶. Uma forte associação foi estabelecida entre a lei escrita e a igualdade, pois, passou a ser entendido que quando a lei impera, a igualdade é garantida, e, ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida¹³⁷.

Todo o processo de decisão judicial é feito para se enquadrar no silogismo formal da lógica escolástica¹³⁸. A premissa maior está na lei, os fatos do caso fornecem a premissa menor, e a conclusão segue inevitavelmente. No caso incomum em que algum trabalho intelectual mais sofisticado é exigido do juiz, espera-se que ele siga instruções cuidadosamente traçadas sobre os limites da interpretação¹³⁹.

Todavia, no transcorrer do século XIX, motivado por exigências históricas em reação ao positivismo clássico, surge um movimento que proclama nova metodologia de interpretação do direito, dando-se ênfase ao critério teleológico, na busca de esclarecer

133 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

134 Ibidem.

135 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

136 Ibidem.

137 Norberto Bobbio, Teoria geral da política apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

138 MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007, pg. 36.

139 Ibidem.

uma aliança entre sistema normativo e realidade social¹⁴⁰. Não demorou muito para se perceber que o texto da lei tinha se tornado um instrumento insuficiente para resolver todos os problemas levados ao Judiciário, já que as multifacetadas feições das sociedades contemporâneas, somadas ao fato de o Judiciário ter-se tornado mais acessível, acabou por obrigar o juiz a decidir de acordo com as particularidades de cada caso¹⁴¹.

A rigidez que poderia se esperar encontrar nos sistemas de *civil law*, como uma de suas principais características, tem um contrapeso, que pode gerar um imenso desequilíbrio, visto que os juízes podem decidir de acordo com suas próprias opiniões a respeito do sentido da lei¹⁴². Além disso, esta rigidez é razoavelmente suavizada por algumas técnicas empregadas recentemente na redação dos dispositivos legais, que consistem na inclusão de conceitos tidos como vagos, indeterminados ou abertos e de cláusulas gerais¹⁴³. Assim, os parâmetros nos quais se baseiam as decisões dos juízes atualmente nos sistemas de *civil law* são bem menos seguros e mais flexíveis do que aqueles que havia no período revolucionário¹⁴⁴.

Essa transformação nos países de *civil law* é simbolizada em parte pelo declínio dos códigos civis, em parte pela ascensão das constituições e em parte pelo crescimento do federalismo europeu¹⁴⁵. Embora os códigos tenham diminuído em todo o mundo da *civil law*, a prática de tratar as constituições como as fontes supremas do direito cresceu, assim como o leque de oportunidades para contestar a constitucionalidade de atos legislativos ou outros atos oficiais¹⁴⁶.

A evolução do constitucionalismo e da teoria da interpretação, especialmente pela emergência das cláusulas gerais legislativas, devido à constatação da insuficiência do texto normativo na regulação de todo tipo de acontecimento social, evidenciaram a necessária transformação das concepções de direito e de jurisdição, requerendo do juiz o

140 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 127.

141 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

142 Ibidem.

143 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

144 Ibidem.

145 MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007, pg. 152.

146 Ibidem, pg. 157.

papel de complementação da lei e controle de sua validade, a partir dos direitos fundamentais¹⁴⁷. Esses aspectos serão melhor abordados adiante.

Hoje se tem uma nova visão quanto a vinculatividade do texto legal. Se compreende o princípio da legalidade não mais como sendo um excessivo apego à literalidade da lei, mas que a lei vincula do modo como é vista através dos olhos da doutrina e da jurisprudência predominante¹⁴⁸.

2.3. Evolução do constitucionalismo e judicialização

Segundo Luís Roberto Barroso, desde o final da Segunda Guerra Mundial, verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária. A judicialização envolveu uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade¹⁴⁹. No caso brasileiro, circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Judiciário, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais.

Para Barroso¹⁵⁰, a primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante o Poder Judiciário. A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe inúmeras matérias, que antes eram deixadas para a legislação ordinária, para o texto constitucional. A terceira, e última, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, híbrido ou eclético, um dos mais abrangentes do mundo, que acaba por permitir que quase toda matéria possa ser apreciada na via judicial.

Segundo Merryman & Pérez-Perdomo¹⁵¹:

“Com a adoção de constituições rígidas modernas que incorporam novas concepções sociais e econômicas, e com o estabelecimento do controle judicial da constitucionalidade da legislação em importantes nações de direito civil, o

147 PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. In: MARINONI, Luiz. Guilherme (org). Estudos de Direito Processual Civil. Revista dos Tribunais, 2005, p. 765.

148 Winfried Hassemer, O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

149 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

150 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

151 MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007, pg. 149.

centro de gravidade jurídico começou a sofrer o que promete ser uma mudança drástica de do código civil à constituição, do direito privado ao direito público, do tribunal ordinário ao tribunal constitucional, do positivismo legislativo ao princípio constitucional. As disposições de tais constituições são uma fonte alternativa de princípios gerais; eles oferecem um conjunto alternativo de noções para orientar os juizes na interpretação e aplicação das leis, incluindo as disposições dos códigos civis. O poder dos tribunais constitucionais ou outros de julgar as leis inválidas *erga omnes* confere grande autoridade às disposições constitucionais”.

Como se pode depreender, a constitucionalização repercutiu sobre a atuação dos três Poderes, inclusive, e notadamente, nas suas relações com os particulares. Assim, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política¹⁵².

Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo, quanto a várias matérias, passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização de mecanismos jurídicos previstos na Constituição Federal, que estabeleceu o Estado Democrático de Direito¹⁵³.

Sobre o Estado Democrático de Direito, afirma Paula Pessoa Pereira¹⁵⁴:

“O acesso aos tribunais como forma de tutela dos direitos individuais justifica a transferência de parcela do poder político para o Judiciário. Cumpre, quanto ao ponto, ressaltar que falamos em “parcela de poder”, porque a função precípua e o lugar “ideal” para a discussão dos direitos é o Poder Legislativo, poder legitimado pelo processo democrático para a tomada das decisões políticas. No entanto, como a democracia nem sempre considera a igualdade entre as pessoas como ponto de partida, justa essa transferência de poder político e tutela dos direitos para os tribunais, instituição jurídica que permite acesso de todos, sendo indiferente os valores políticos, morais, religiosos ou até mesmo as condições econômicas”.

O aplicador do direito, em especial o juiz, concretiza e cria o direito dentro da sociedade plural vigente, de modo que sua atuação demanda um envolvimento político de escolhas e avaliação de consequências, muitas vezes delegadas pelo próprio legislador¹⁵⁵. Pode-se depreender que a crise do formalismo, como ideia de subsunção, é um episódio da crise da democracia parlamentar, da incapacidade do sistema político

152 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

153 STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 38.

154 PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes [livro eletrônico]: universalidade das decisões do STJ**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

155 BARROSO, Ricardo Cavalcante. **Considerações sobre o papel criativo-político do juiz na sociedade plural**. Fórum administrativo, Belo Horizonte, v. 7, n. 80, p. 50-56, out. 2007.

tradicional de dar conta da complexidade social, traduzidas em demandas, dirigidas ao Judiciário e ao sistema político¹⁵⁶.

Essa persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo, nos últimos anos, tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral¹⁵⁷. Na verdade, muitas vezes, o sistema político, inseguro em relação às decisões que ele deve e pode tomar, finge decidir, quando apenas delega ao Judiciário, por meio de uma legislação confusa e que alarga os poderes do juiz, a capacidade decisória sobre questões que não lhes compete propriamente¹⁵⁸.

A defesa de um ideal de certeza e segurança jurídica que não leve em conta tal processo assume feições conservadoras ao negar à sociedade a possibilidade de alterar as instituições para melhor acolher seus interesses, o que pode resultar na perda de legitimidade do Estado de Direito. A defesa do formalismo e das instituições tradicionais, se não for justificada, pode resultar na defesa da exclusão de novas demandas dirigidas ao ordenamento jurídico e na defesa do controle tecnocrático sobre o devir do direito¹⁵⁹.

Segundo Debora Bonat, de uma função meramente declaratória, na qual o objetivo era simplesmente de aplicar o aparato normativo ao caso concreto sem qualquer pretensão de atuação positiva e supostamente imparcial, o Poder Judiciário se transformou em agente criador de normas na tentativa, muitas vezes inócua, de tutelar direitos fundamentais¹⁶⁰. Afirma, ainda, que esse aumento de poder jurisdicional cria a necessidade de um maior controle da fundamentação das decisões dos magistrados, buscando uma adequada justificação e racionalidade¹⁶¹.

2.4. Hermenêutica na produção do direito

156 RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 130.

157 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

158 CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 95.

159 Ibidem, p. 134.

160 BONAT, Debora. **A Repercussão Geral e o Impacto no Acesso à Justiça**. In: IGREJA, Rebeca Lemos; NEGRI, Camilo (org.). **Desigualdades globais e justiça social [livro eletrônico]: interfaces teóricas, acesso à justiça e democracia - Coleção de estudos globais**. 1. ed. Brasília: FLACSO, 2021.

161 Ibidem.

Sob o impulso do novo constitucionalismo, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional de origem romano-germânica: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional¹⁶². Valores, fins públicos e comportamentos contemplados nos princípios e regras constitucionais passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. As possibilidades interpretativas podem decorrer da abertura atribuída pelo texto ao intérprete, da pluralidade de significados das palavras ou da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto¹⁶³.

É amplamente aceita hoje a ideia de que as normas são resultado da atividade interpretativa. A aplicação define a configuração e o sentido das normas, e é capaz de afetar sua validade. O estudo dos atos de aplicação mostra-se essencial para a reconstrução dogmática do ordenamento jurídico, posto que o exame das leis deve ser acompanhado do estudo da jurisprudência e dos atos de aplicação isolados, também responsáveis pela positivação do direito¹⁶⁴.

Segundo Eros Grau, o texto, preceito, enunciado normativo é alográfico, ou seja, não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. Essa completude do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete¹⁶⁵. A interpretação, pois, é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. Todavia, adverte, não significa que o intérprete, literalmente, crie a norma; mas sim que o intérprete a expressa¹⁶⁶.

A afirmação de que a norma é sempre produto da interpretação do texto, ou que o intérprete sempre atribui sentido ao texto, nem de longe pode significar a possibilidade deste intérprete poder dizer qualquer coisa, atribuindo sentidos arbitrariamente aos textos,

162 BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n.º 59, jan./fev. 2010.

163 BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2021.

164 RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 132.

165 GRAU, Eros Roberto. **Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado “efeito vinculante”**. Revista trimestral de Direito Público, Brasília, n. 16, 1996.

166 Ibidem.

como se esse e norma estivessem separados¹⁶⁷, pois a norma preexiste, potencialmente, no invólucro do texto.

Importa salientar que interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado. A interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso posto, isso é, na sua aplicação. Isso significa que a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se depreendem do texto, mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, ou seja, elementos da realidade¹⁶⁸.

Compreendido o impacto do constitucionalismo para o aumento da judicialização e da relevância da interpretação para a formação normativa, se faz necessário abordar a utilização de conceitos vagos, cláusulas gerais e princípios jurídicos no direito contemporâneo, e suas consequências.

2.5. Conceitos vagos, cláusulas gerais e princípios jurídicos

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁶⁹, o direito tem poros, por meio dos quais, a realidade social pode penetrar. Esses poros são justamente os princípios jurídicos, os conceitos vagos e as cláusulas gerais.

Para a autora, um conceito vago, indeterminado ou aberto é uma técnica extremamente operativa, porque capacita o juiz a tornar sua decisão mais rente aos casos concretos, bem como proporciona uma duração maior ao texto legal. As cláusulas gerais, por sua vez, consistem num fenômeno mais complexo do que um mero conceito vago, pois se trata de uma expressão linguística em que há conceitos vagos e que, além disso, incorpora, em si mesma, princípios jurídicos. Ela afirma, ainda, que as cláusulas gerais desempenham papel de vetor interpretativo de outras normas, o que permite, em teoria, superar as dificuldades geradas pela complexidade das situações que podem surgir na vida cotidiana, criando uma ponte entre as palavras da lei e o sentido mais amplo de justiça, que existe na comunidade. Os princípios jurídicos, por sua vez, são normas jurídicas formuladas intencionalmente de uma maneira vaga, com marcante dimensão

167 STRECK, Lênio Luiz. **Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 46, n. 1, jul. 2006.

168 GRAU, Eros Roberto. **Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado “efeito vinculante”**. Revista trimestral de Direito Público, Brasília, n. 16, 1996.

169 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

axiológica, ou seja, explicitam valores, e visam orientar a interpretação das normas postas, podendo, excepcionalmente, servir sozinhos de base a decisões judiciais¹⁷⁰.

A prática de delegar poder aos tribunais por meio de legislação que emprega cláusulas gerais desse tipo é comum no mundo da *civil law*, embora a extensão em que os juízes tenham exercido conscientemente esse poder varie amplamente¹⁷¹.

Conforme Merryman & Pérez-Perdomo, os juízes não são, na prática, amparados por uma legislação clara, completa, coerente, estando envolvidos em um processo vital, complexo e difícil. Eles devem aplicar leis que raramente, ou nunca, são claras no contexto do caso, por mais claras que possam parecer em abstrato, devem preencher lacunas e resolver conflitos, além de adaptar a lei às condições em mudança¹⁷².

Ainda segundo os autores¹⁷³:

“As palavras não têm significado inerente, elas recebem significado por quem as usa, e o problema diante do juiz é fornecer significado quando não está claro o que os legisladores queriam dizer quando usaram as palavras. O recurso à intenção legislativa pode ser útil em alguns casos, mas a reconstrução do processo histórico de formação e expressão da intenção em um fórum tão complexo quanto uma legislatura representativa é um empreendimento muito arriscado. Em um número surpreendente de casos, a história legislativa mostrará que o legislador não previu o problema enfrentado pelo juiz e, conseqüentemente, não teve intenção a respeito”.

A atividade criativa do juiz aparece quando este decide com base em conceitos vagos, expelindo um dos possíveis sentidos da expressão usada pela lei, ou preenchendo um conceito aberto, criando o direito na medida em que formula uma regra para o caso concreto.

Segundo Wambier, são os casos ditos difíceis, também chamados de *hard cases*, que ensejam que o juiz exerça tal criatividade, pois são aqueles cuja solução não está clara no ordenamento jurídico ou cuja solução não foi formulada em lei e, portanto, precisa ser inteiramente criada, com base, por exemplo, em princípios jurídicos¹⁷⁴. Os *hard cases* são a evidência de que a lei escrita não consegue abarcar a riqueza da vida real contemporânea. Adverte a autora que, todavia, em casos corriqueiros, tidos como

170 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

171 MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007, pg. 53.

172 Ibidem, pg. 43.

173 Ibidem, pg. 44.

174 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

“fáceis”, não deve o juiz exercer criatividade alguma, sujeito a comprometer o Estado de Direito¹⁷⁵.

Quando a direção legislativa não é clara, faz do juiz o legislador do caso e expõe as partes ao risco de irresponsabilidade judicial e arbitrariedade, o que é ainda pior no caso de lacunas, onde o legislador não forneceu nenhuma regra¹⁷⁶.

Outro problema que se apresenta é o da interpretação evolutiva. Sobre a questão, Merryman & Pérez-Perdomo afirmam¹⁷⁷:

“Não é que a interpretação anterior estivesse errada; muitas vezes terá sido confirmado por uma sentença do Supremo Tribunal de Cassação (ou seu equivalente). Mas as circunstâncias podem ter mudado o suficiente para exigir uma interpretação diferente no presente caso. O problema para os juízes é que se eles decidirem de acordo com a antiga interpretação o resultado do caso será ofensivo para eles mesmos, para as partes e para a sociedade, partes (pelo menos uma delas), e para a sociedade, estarão fazendo lei. Eles podem, é claro, submeter-se ao legislativo e recusar-se a reinterpretar a lei, pedindo ao legislativo que altere a lei para atender aos requisitos modernos. No entanto, isso não daria muita satisfação às partes no caso, e faria exigências impossíveis ao legislador. Consequentemente, há um acordo geral nas jurisdições de direito civil que os juízes têm o poder de interpretar evolutivamente. A discussão passa, assim, da legitimidade dessa função para a questão de sua justificação e seus próprios limites”.

Quando ocorrem estas inovações, é inevitável que haja certo efeito surpresa. No entanto, este efeito surpresa é atenuado ou efetivamente desaparece, quando os tribunais decidem reiteradamente do mesmo jeito aqueles casos, formando uma jurisprudência consolidada. Assim, se os princípios jurídicos, os conceitos vagos e as cláusulas gerais dão certa margem de liberdade ao juiz, para que decida de forma mais rente e adaptada aos casos concretos, é imprescindível que, uma vez estabelecida a regra aplicável, haja um movimento da jurisprudência no sentido de segui-la nos demais casos similares, pois só assim se preserva a igualdade, criando-se previsibilidade¹⁷⁸.

Estabilidade e uniformidade são condições para a existência de previsibilidade, e essa é atingida no sistema de *common law* pela prática de se obedecerem a precedentes¹⁷⁹. Merryman & Pérez-Perdomo afirmam que a certeza é alcançada dando força de lei às decisões judiciais, pois é a acumulação de decisões judiciais ao longo do tempo que fornece uma variedade de exemplos concretos e detalhados de regras jurídicas em

175 Ibidem.

176 MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007, pg. 44.

177 Ibidem, pg. 46.

178 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

179 Ibidem.

operação. Estas, juntamente com as declarações das próprias regras, provavelmente fornecerão mais certeza sobre a lei do que as declarações legislativas simples das regras¹⁸⁰.

Para Wambier¹⁸¹, nos sistemas de *civil law*, é a figura da jurisprudência consolidada que gera a certeza e a previsibilidade, garantindo a igualdade dos jurisdicionados, o que evidencia a submissão moral de respeito à sabedoria acumulada pela experiência e constrói uma presunção em prol do acerto do precedente. A autora destaca, ainda, que, quando se pensa na previsibilidade como objetivo a ser perseguido e alcançado pelo direito, não significa que as partes tenham sempre condições de prever de forma precisa como será a decisão de um processo em que litigam, mas que essa não seja daquelas que jamais poderiam ser imaginadas.

Aceitar, de forma ilimitada, que o juiz tem liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção, equivale a cancelar que haja várias pautas de conduta diferentes para os jurisdicionados, a depender de que juiz e de que tribunal tenha decidido o seu caso concreto, o que fere a igualdade e segurança jurídica, e por conseguinte o Estado de Direito.

Conforme Bonat, o sistema de convergência interpretativa desenvolvido pelo sistema de precedentes cria decisões mais homogêneas sob os aspectos da argumentação e justificação¹⁸². Segundo a autora, pretende-se com a adoção de convergência interpretativa a aplicação de critérios racionais e justificados para casos semelhantes impedindo privilégios para algumas pessoas ou classes sociais, pois há uma impessoalidade maior na análise dos casos¹⁸³.

Como descrito por Wambier¹⁸⁴:

“É preciso deixar-se de lado a cínica concepção de que o juiz de *civil law* não cria direito. Cria sim, pois hoje isto é inevitável. Este o faz ao interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa. Mas esta liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os

180 MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007, pg. 48.

181 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

182 BONAT, Debora. **A Repercussão Geral e o Impacto no Acesso à Justiça**. In: IGREJA, Rebeca Lemos; NEGRI, Camilo (org.). *Desigualdades globais e justiça social [livro eletrônico]: interfaces teóricas, acesso à justiça e democracia - Coleção de estudos globais*. 1. ed. Brasília: FLACSO, 2021.

183 Ibidem.

184 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

casos iguais sob pena de se afrontar de maneira intolerável o princípio da isonomia”.

Vistos os desafios do direito contemporâneo impostos pela ordem constitucional e hermenêutica jurídica, importa agora explorar melhor o se entende por precedente, os elementos para sua formação e as técnicas empregadas por nesse sistema.

2.6. *Ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing e overruling*

Para compreensão da concepção de precedente e *stare decisis*, é preciso antes esclarecer alguns conceitos fundamentais, como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*.

Para Mello e Barroso¹⁸⁵, a *ratio decidendi* corresponde ao entendimento jurídico, ou assim chamada tese, emergente de um precedente que vinculará a decisão dos casos futuros, por ser premissa necessária para a decisão do caso concreto. Na formação da tese é preciso a análise dos fatos relevantes, a questão jurídica posta, a fundamentação da decisão e a solução determinada.

A *ratio decidendi* pode ser explícita ou implícita, e pode ser considerada o núcleo do precedente¹⁸⁶. É a *ratio decidendi* exatamente a regra de direito que vincula os julgamentos futuros, sendo composta de três elementos: a) a indicação dos fatos relevantes, b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão, e c) o juízo decisório¹⁸⁷.

O precedente é um pronunciamento do juiz sobre uma questão do direito, que, todavia, deve ser compreendida à luz dos fatos relevantes para o caso. Isso porque, tanto no sistema da *common law* como da *civil law*, o precedente se estabelece em uma conjuntura circunstancial que não foi objeto de disciplina expressa ou direta da lei escrita¹⁸⁸. Daí a necessidade de qualquer enunciado normativo elaborado pelo Poder Judiciário reportar-se sempre ao quadro fático-circunstancial¹⁸⁹. Pode-se assim dizer que,

185 MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Revista da AGU, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

186 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

187 Luisa Antonioli Deflorian apud TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 110.

188 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no processo brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pg. 83.

189 Ibidem, pg. 83.

em certa medida, fatos tidos como essenciais para a decisão seriam parte da *ratio decidendi*¹⁹⁰.

Infere-se desse raciocínio que o princípio de direito ou a tese jurídica fixada na *ratio decidendi* deve estar ancorada ao caso concreto e ao fato jurídico que o integra, devendo-se evitar apenas a afirmação de princípios ou normas gerais e abstratos¹⁹¹.

Destaca-se que, no mundo real, muito dificilmente dois casos ou fatos se apresentariam perfeitamente idênticos, e, por isso, a fixação clara da base fática do precedente é importante para permitir que a mesma *ratio decidendi* seja aplicada aos casos sucessivos, bastando que os casos sejam substancialmente análogos ou sem diferenças relevantes¹⁹².

Obiter dicta, por sua vez, são considerações marginais não necessárias à solução do caso concreto ou que não foram aprovados pela maioria¹⁹³. Dados esses fatores, o que é dito a título de *obiter dictum* não produz efeito vinculante, mas pode ser importante para sinalizar inclinações futuras da corte e inspirar novas teses. Tudo o que é dito em uma decisão e que não integra a *ratio decidendi* é, por exclusão, *obiter dictum*¹⁹⁴. Tais considerações não se prestam para se invocar como precedente vinculante, em caso análogo, mas podem perfeitamente ser referidos como argumento de persuasão¹⁹⁵.

Ademais, cabe aqui observar que, em casos difíceis, pode ser complexo o processo de identificar a *ratio decidendi* e de interpretá-la, visto que, comumente, não fica claro na decisão se alguns fatos foram levados em conta como necessários para a conclusão a que se chegou ou se foram referidos como *obiter dictum*¹⁹⁶. Para o correto entendimento da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, na qual inverte-se o núcleo decisório e

190 Rupert Cross and J. W. Harris apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

191 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no processo brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pg. 90.

192 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no processo brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pg. 100.

193 MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Revista da AGU, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

194 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

195 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 112.

196 Zenon Bankowski e Neil MacCormick, Precedent in the United Kingdom apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida¹⁹⁷.

As razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que a decisão poderá oferecer para ordenamento jurídico, devendo possuir um grau de generalização em relação ao próprio caso julgado¹⁹⁸. É a descrição da *ratio decidendi*, pelo recorte das situações fáticas elementares para a tese, realizado pelo tribunal, que determinará o nível de generalidade de sua aplicação futura a outras demandas, podendo ser mais restritiva ou ampla¹⁹⁹.

Todavia, adverte-se que a escassez da referência ao fato jurídico no precedente, sem a narração de detalhes precisos, pode produzir *ratio decidendi* muito aberta, cenário que implica em risco de se incluir, futuramente, situações não análogas, com especificações que não estariam abarcadas na orientação jurídica do caso julgado formador do precedente²⁰⁰. Esse nível de generalidade da *ratio decidendi* impacta diretamente a comparação entre caso paradigma e caso concreto, pela utilização do *distinguishing*.

O *distinguishing*, é uma técnica essencial para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes. A aplicação de um precedente na solução de novas demandas só é possível por um mecanismo de associação ou de distinção entre antigas e novas ações, só cabendo a aplicação de um precedente em ações com fatos relevantes semelhantes à anteriormente julgada e que versem sobre mesma questão de direito²⁰¹.

Desta forma, o tribunal pode decidir um caso de forma contrária à solução dada em um precedente, por meio de sua interpretação restritiva, descobrindo-se alguma diferença juridicamente relevante entre os elementos estruturais dos dois casos²⁰². Todavia, é relevante que se diga que, no que diz respeito ao discurso jurídico, tem o ônus

197 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 111.

198 Ibidem.

199 MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Revista da AGU, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

200 BARIONI, Rodrigo. **Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas**. Revista Processo, vol. 310, dez/2020, p. 265-291.

201 MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Revista da AGU, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

202 Herbert L. A. Hard apud TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 110.

de se justificar aquele que pretende que o precedente não seja seguido, pois o natural é que seja respeitado²⁰³.

Enquanto a técnica do *distinguishing* permite que a regra do precedente sobreviva, sendo apenas reformulada, tornando seu sentido menos abrangente pelas características específicas do caso, o *overruling* é o afastamento do precedente e a declaração de que este precedente foi superado²⁰⁴. Quando ocorre o *overruling*, que pode ser implícito, uma nova regra é criada para os casos subsequentes²⁰⁵.

É pertinente a consideração de José Rogério Cruz Tucci, segundo a qual, a mutação progressiva de paradigmas de interpretação de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposta pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça²⁰⁶. Assim, quando modificações dos fatos sociais tornarem um precedente anterior inadequado para o ordenamento jurídico amplamente considerado, deve ocorrer sua superação e surgir novo entendimento.

Em relação as técnicas descritas, cabe aqui uma recomendação de Humberto Theodoro Júnior²⁰⁷:

“É certo [...] que mesmo com a aproximação atual entre os sistemas de *common law* e *civil law*, estes não são equiparáveis e o uso de técnicas de *common law* no âmbito dos precedentes nos sistemas de *civil law* deve ser feito com muita cautela, permeadas pelas adequações/adaptações necessárias, até porque o cenário dos precedentes é sempre impregnado, em cada sistema jurídico, de fatores importantes, como aqueles inerentes à organização judiciária, à teoria das fontes, concepção do papel dos juízes e tribunais, e, ainda, dos aspectos culturais e da prática processual.”

2.7. Aspectos relevantes para um sistema de precedente judicial

A partir dessas definições anteriores, pode-se depreender que apenas o entendimento jurídico, compartilhado pela maioria do tribunal e aplicável aos fatos relevantes delimitados no caso, que formará um precedente e permitirá a vinculação a casos futuros.

203 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

204 Rupert Cross and J. W. Harris apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

205 Ibidem.

206 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 114.

207 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no processo brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pg. 70.

Pontos de vista convergentes no dispositivo e discordantes na motivação, quando compatíveis em relação ao tema debatido, proporcionam ao intérprete a possibilidade de escolha entre uma das duas posições²⁰⁸. Entretanto, se a fundamentação divergente for incompatível, tem-se uma decisão despida de *discoverable ratio*, e, portanto, não vinculante no que concerne a solução dada ao caso²⁰⁹. Votos divergentes podem, assim, em algumas situações, gerar fissuras na interpretação do paradigma consolidado e sinalizar possível mudança na apreciação posterior de questão semelhante²¹⁰.

Somente quando a questão de direito é objeto de adequada deliberação e a maioria do colegiado compartilha do mesmo fundamento para resolvê-la é que se pode falar em *ratio decidendi* e, portanto, em precedente²¹¹.

Formado um precedente, esse é um ponto de partida para a análise e julgamento dos casos concretos futuros e não uma restrição ao poder de julgar, pois no *stare decisis* a decisão de adotar o precedente cabe ao juiz posterior²¹². Nessa aplicação, cabe ao juiz da origem a análise quanto a associação ou distinção entre o precedente e o caso concreto, devendo motivar sua aplicação ou seu afastamento.

Importa diferenciar o precedente vertical do horizontal. O precedente vertical seria a decisão editada pela corte superior para ser aplicada pelos juízes de nível inferior, de modo que a força do precedente vem do alto para baixo, enquanto o precedente horizontal indica a força do precedente para órgãos judiciários do mesmo nível daquele que emitiu a decisão tida como precedente²¹³. É imprescindível que o próprio tribunal respeite e aplique seus precedentes firmados, devendo, entretanto, modificar seu entendimento quanto expedida nova orientação por corte superior (precedente vertical).

Ressalta-se que não se pode falar em discricionariedade do juízo na aplicação de um precedente quando há identidade de causas, ou seja, quando entre o caso concreto e o precedente há a identidade de suporte fático e pretensão. Isso porque se impõem a aplicação pelo efeito vinculativo do precedente, devendo ser seguido e respeitado, como

208 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 112.

209 Ibidem.

210 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 112.

211 MELLO, Patrícia Perrone Campos.; BARROSO, Luís. Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Revista da AGU, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

212 PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. In: MARINONI, Luiz. Guilherme (org). Estudos de Direito Processual Civil. Revista dos Tribunais, 2005, p. 766.

213 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no processo brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pg. 26.

garantia de isonomia de tratamento jurisdicional. O *stare decisis* aplica-se a todos os casos em que se discute a mesma questão legal, sem apresentar preocupação com a ideia de identidade de partes, visto que o cuidado recai na identidade de demanda, a partir do primado que causas iguais merecem soluções idênticas²¹⁴.

Outro aspecto relevante a ser considerado no estudo do sistema de precedentes judiciais é quanto ao momento de formação do precedente. Deve-se entender que a formação do precedente é distinta na *civil law* em relação a *common law*, em razão de particularidades de cada sistema, fato que traz algumas repercussões práticas. No sistema de *civil law*, determinadas decisões das cortes superiores são destinadas, desde a sua edição, a se tornar precedente, de modo que são justamente as cortes superiores que lhe conferem tal qualificação, enquanto no sistema de *common law* a decisão da corte superior não ganha a condição de precedente na origem, sendo tal condição conquistada posteriormente, pela acolhida em decisões sucessivas nos demais juízos²¹⁵.

Esse modo de estruturar o precedente no sistema de *civil law* traz consequências importantes que impedem a simples transposição de institutos da *common law*. Tendencialmente o precedente no sistema de *civil law* acaba por adquirir dimensão normativa que o distancia do fato jurídico que deu origem à demanda judicial, o que marca uma diferença importante em relação ao precedente da *common law*, em que o fato jurídico ganha um relevo maior²¹⁶.

Por essa razão, a fundamentação das decisões, especialmente as destinadas a se tornarem precedentes, deve ser reforçada e valorizada, como preconiza o novo Código Civil, sendo conveniente que sua redação seja de linguagem simples para facilitar a compreensão e interpretação posterior do precedente, com a apresentação adequada da *ratio decidendi*²¹⁷.

Outra diferença entre as tradições jurídicas diz respeito ao tipo de raciocínio implicado na atividade jurisdicional. Enquanto o juiz da *common law* parte de um processo mental de natureza casuístico-indutiva, cotejando o caso a ser julgado com a *ratio decidendi* de casos já solucionados, e assim raciocinando do particular para o geral, o labor intelectual do juiz da *civil law* é de cunho normativo-dedutivo, no qual deve ser

214 PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. In: MARINONI, Luiz. Guilherme (org). Estudos de Direito Processual Civil. Revista dos Tribunais, 2005, p. 766.

215 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no processo brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pg. 30.

216 Ibidem, pg. 31.

217 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no processo brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pg. 72.

apresentada uma justificação das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinaram a subsunção destes a determinada norma jurídica²¹⁸.

Compreendida a noção de precedente, pertinente se mostra diferenciá-lo do conceito de jurisprudência. Segundo Michele Taruffo²¹⁹, enquanto a jurisprudência refere-se a uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos, convergindo entre si ou não, o precedente, geralmente, apresenta-se como uma única decisão relativa a um caso particular, que fornece uma regra aplicável como critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso.

Precedentes são normas, fontes primárias do direito, e, portanto, sua formação, aplicação e superação são atividades normativas que devem ser controladas pelo direito para o fim de redução da discricionariedade judicial e garantia da independência dos juízes e tribunais²²⁰. Cumpre agora à análise do papel das cortes superiores sob a ótica desse sistema e como a temática dos precedentes foi tratada pelo novo Código de Processo Civil, finalizando com a exposição do entendimento do STF e do STJ sobre a utilização da Reclamação para garantia de obediência aos precedentes vinculantes.

218 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 117.

219 TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014.

220 ZANETI JUNIOR, Hermes. **Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015**. *Revista dos Tribunais*, 2018.

3. As Cortes Superiores

3.1. O papel das cortes superiores

Sob o prisma da história do direito moderno, os sistemas de tradição *civil law* também conheceram, além da força natural dos precedentes persuasivos, precedentes com eficácia vinculante, sendo certo que entre estes sobressaía a jurisprudência de cortes superiores²²¹. O modelo brasileiro atual, segue tendência da história moderna da Cortes de Cassação dos países europeus, que lhe atribui, de um lado, a supremacia do controle da constitucionalidade das leis e, de outro, a hegemonia da interpretação e aplicação do direito²²².

Como visto, a evolução do constitucionalismo, com especial evidência às cláusulas gerais e princípios jurídicos, bem como a crescente judicialização e desenvolvimento da teoria da interpretação, contribuíram para a moderna configuração da atuação do Poder Judiciário, tornando-lhe importante agente de criação do direito. Todavia, a possibilidade de inovação advinda da abertura interpretativa constitucional não é dada ao juiz individualmente considerado, mas ao Judiciário como um todo²²³, devendo essa instituição zelar pela universalidade.

Paula Pessoa Pereira afirma que a manifestação do princípio da universalidade traduz a exigência prática da realização da justiça formal, devendo imprimir à argumentação jurídica o elemento da racionalidade, evitando-se a tomada de decisões judiciais arbitrárias e parciais²²⁴. Para tanto, deve-se coordenar e unificar as razões universalizáveis, como meio de se obter uma resposta uniforme sobre o alcance e interpretação da norma jurídica, por meio de uma regra de distribuição do poder jurisdicional, ou seja, através da organização hierárquica da jurisdição²²⁵.

Os tribunais de instância superior, pela sua posição de vértice no ordenamento jurídico, devem agir como verdadeiros reguladores judiciários da uniformidade da

221 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 9.

222 TUCCI, José Rogério Cruz. **O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 75.

223 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

224 PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes [livro eletrônico]: universalidade das decisões do STJ**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

225 Ibidem.

interpretação jurisdicional, na medida em que sua colocação no vértice do sistema judiciário implica poder-dever de controle da atividade interpretativa²²⁶.

A antiga função correcional das Cortes Superiores, de controle da legalidade das decisões, cede espaço para uma nova função, de caráter prospectivo, de proclamar a interpretação, criando a norma aplicável mediante a instituição de precedente, para a tutela da igualdade de todos perante o direito²²⁷.

Segundo Marinoni²²⁸:

“A transformação da função da Corte outorga novo significado à ideia de “uniformidade”. O problema não mais está em declarar o sentido exato da lei para propiciar a “uniformidade das decisões” dos tribunais ordinários; buscase, agora, mediante a voz da Suprema Corte, o “sentido e a unidade do direito” para a orientação da sociedade e para a promoção da igualdade e da segurança jurídica. Não mais importa controlar as decisões, porém definir o direito que deve orientá-las. Os precedentes da Suprema Corte, bem por isso, não têm necessariamente caráter retroativo, derivado da declaração da lei, mas estão preocupados com o futuro, em orientar os jurisdicionados e em servir de critério para as vindouras decisões judiciais. Daí porque a “uniformidade”, nesse novo contexto, não visa a tutelar a lei, mas objetiva garantir a igualdade perante o direito revelado nos precedentes, assim como a segurança jurídica. Aliás, não é por outro motivo que aí é preferível falar em unidade do direito (fim da Corte de Interpretação) do que em uniformidade da jurisprudência (meio que a antiga Corte empregava para o controle das decisões)”.

Assim, a função da Corte Superior é a de identificar, entre as várias normas jurídicas extraíveis do texto legal, aquela que está de acordo com os valores da sociedade e do Estado, definindo o sentido do direito mediante razões apropriadas²²⁹.

Essa decisão superior, ao definir a interpretação normativa, revela-se como o próprio direito em determinado contexto histórico²³⁰. Desse raciocínio extrai-se que a decisão deixa de ser mera jurisprudência pacífica a servir de meio de controle e passa a ser precedente, que define o direito que deve regular a vida social e, por isso, tem autoridade perante os demais tribunais²³¹.

Esse novo papel, portanto, transcende a antiga a função das Cortes Superiores, tornando imperiosa a atuação judiciária como criadora do direito, vivo e dinâmico, na

226 Ibidem.

227 MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes [livro eletrônico]: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

228 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios [livro eletrônico]**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

229 MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes [livro eletrônico]: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

230 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios [livro eletrônico]**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

231 Ibidem.

hodierna sociedade. Em um país tão desigual como o Brasil, a participação de todas as classes sociais na construção de teses se faz relevante e o comprometimento dos Ministros em assegurar maior efetividade dos direitos fundamentais deve ser a premissa para o julgamento²³².

Segundo Marinoni, o poder do STJ para definir o sentido do texto de lei federal e do STF para definir o sentido da Constituição tem ancoragem na própria Constituição Federal, que lhes confere o dever de dar “unidade ao direito” e, portanto, de atribuir sentido ao direito²³³. Quando um dos tribunais superiores profere uma decisão, espera-se, justamente em virtude da missão que lhes foi atribuída pela Constituição Federal, que daquela decisão se extraia modelo de atuação, para os próprios tribunais e para todos os demais órgãos do Judiciário, como parâmetro para os julgamentos futuros²³⁴.

Ainda segundo Marinoni²³⁵:

“A interpretação é o fim da Corte que é ciente da equivocidade da lei e, desta forma, objetiva definir o seu significado. Mas, como a interpretação, no último caso, traz algo mais do que a lei, é preciso outorgar-lhe autoridade, dando-lhe status de direito que orienta as condutas sociais e guia as decisões judiciais, vale dizer, qualidade de precedente obrigatório”.

Pela própria técnica de precedente vinculante, impõe-se a exigência de que o juiz, para acolher ou rejeitar determinada pretensão, invoque julgado ou julgados anteriores, devendo em sua fundamentação conter expressa alusão à jurisprudência das cortes superiores ou da própria corte²³⁶.

Ademais, como discutido no primeiro capítulo, com a adoção do método difuso de constitucionalidade, tendo os tribunais ordinários competência para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei no caso concreto, cria-se a possibilidade de existência de mais de um entendimento quanto a validade e a aplicação sobre mesmo dispositivo legal. Sem uma cultura do respeito a precedentes superiores,

232 BONAT, Debora. **A Repercussão Geral e o Impacto no Acesso à Justiça**. In: IGREJA, Rebeca Lemos; NEGRI, Camilo (org.). *Desigualdades globais e justiça social [livro eletrônico]: interfaces teóricas, acesso à justiça e democracia - Coleção de estudos globais*. 1. ed. Brasília: FLACSO, 2021.

233 MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos Precedentes [livro eletrônico]**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

234 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. *Revista de Processo: RePro*, v. 34, n. 172, jun. 2009.

235 MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes [livro eletrônico]: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

236 TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, pg. 108.

este modelo está fadado a produzir um quadro caótico, em que a multiplicidade de pautas de conduta para o jurisdicionado gera um grau insuportável de insegurança²³⁷.

Cabe ressaltar que a autoridade dos precedentes das cortes superiores não pode rivalizar com o poder do Legislativo, visto que resulta do desenvolvimento da teoria da interpretação e da evolução do conceito de direito, além de ser imprescindível para a coerência da ordem jurídica²³⁸. O intérprete reconstrói o direito a partir de valoração e racionalização pautada no texto legal, motivo pelo qual o juiz colabora com o legislador para o desenvolvimento do direito aderente às necessidades da sociedade²³⁹.

3.2. Decisões plurais e divergência jurisprudencial *interna corporis*

Entendido o papel contemporâneo do STJ e STF como Cortes de Precedentes, impõem-se esclarecer que não é toda decisão emanada por estes tribunais que se tornarão precedentes. Como visto anteriormente, um precedente é uma decisão cujo fundamento é compartilhado pela maioria do colegiado, não bastando, assim, que a decisão seja majoritária, mas é necessário que a *ratio decidendi* dela também o seja.

Segundo Marinoni, uma decisão plural é majoritária quanto ao resultado, mas contém em si mais de um fundamento determinante, e quando nenhum deles é amparado pela maioria do colegiado, torna-se incapaz de gerar *ratio decidendi*, e, portanto, precedente. Afirma ainda que os “fundamentos não sustentados pela maioria do colegiado são inócuos para evidenciar uma razão dotada de universalidade, destinada a servir de guia para o comportamento social e para os juízes e tribunais decidirem os casos”²⁴⁰.

A existência de decisões plurais nas Cortes Superiores, entretanto, não desabona a atuação dessas como Corte de Precedentes, pois as funções de resolver o recurso e de elaborar a *ratio decidendi* não conflitam e não se excluem²⁴¹. Assim, ao prover o recurso, pode-se contar com uma maioria de votos que detém fundamentos distintos. Porém, isso não isenta essa corte do seu dever de procurar consenso para claramente formular uma

237 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

238 MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos Precedentes [livro eletrônico]**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

239 Ibidem.

240 MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas [livro eletrônico]: precedentes e decisão dos recursos diante do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

241 Ibidem.

ratio decidendi. Procurar o consenso não significa exigi-lo, sob pena de dificultar o próprio desenvolvimento do direito²⁴²

Outro ponto já exposto anteriormente, mas relevante se frisar, é a necessidade de clara exposição do contexto fático de aplicação do entendimento da corte. Expressar a interpretação, negligenciando-se o delineamento da moldura fática do caso, elimina a possibilidade de se racionalizar a operação com precedentes diante de casos futuros, que, obviamente, serão marcados por fatos cuja dessemelhança terá maior ou menor significado²⁴³.

Com a formação de precedente, é imperativo que a própria corte que o expediu observe nos seus julgamentos futuros. Conforme Pereira²⁴⁴, “a atuação coordenada e previsível dos tribunais e juízes inferiores reflete o trabalho desempenhado pela Corte Suprema do país, na medida em que um sistema de respeito aos precedentes se realiza, primeiramente, na atuação daqueles responsáveis pela sua criação”. Afirma a autora que um tribunal que não se respeita, não tem como exigir uma postura de fidelidade dos demais órgãos jurisdicionais, até porque suas decisões serão em si mesmas divergentes²⁴⁵.

A função constitucional do STF e do STJ fica comprometida pela intensidade de divergência jurisprudencial *interna corporis* provocada por estes mesmos tribunais. Isso porque, segundo Wambier²⁴⁶, em vez atuarem em prol da uniformização do entendimento legal, “ao manterem profunda e insistente discrepância acerca de determinadas questões jurídicas, referidos tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja a insegurança e intranquilidade acerca de como deve ser interpretada uma norma constitucional ou federal”. A autora cita ainda a pertinente exposição do Min. Humberto Gomes de Barro:

“O STJ foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao STF, de quem o STJ é sucessor nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos

242 Ibidem.

243 MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas [livro eletrônico]: precedentes e decisão dos recursos diante do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

244 PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes [livro eletrônico]: universalidade das decisões do STJ**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

245 Ibidem.

246 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la”²⁴⁷.

Dessa forma, um primeiro passo para a consolidação de uma cultura voltada a obediência dos precedentes está no exemplo a ser dado pelos próprios tribunais superiores, com seus ministros adotando nos julgados, monocráticos ou colegiados, o posicionamento firmado enquanto corte, deixando de lado concepções pessoais e singulares.

Outro complicador que deve ser tratado é quando a divergência se encontra entre os tribunais superiores, ou seja, quanto o STF e STJ destoam em relação a determinado entendimento. Quando o sistema jurídico tem mais de uma corte de vértice, tende-se a gerar duplicação e fragmentação de precedentes²⁴⁸. Esse ponto é de fundamental relevância, pois, como se demonstrará a frente, o STF e o STJ sinalizaram inclinações distintas em relação ao cabimento da reclamação pela aplicação indevida de precedente firmado em repercussão geral ou recurso repetitivo.

3.3. O Novo Código de Processo Civil e os precedentes obrigatórios

O atual Código de Processo Civil seguiu a tendência observada nos sistemas de *civil law*, de valorização da jurisprudência e tentou criar um sistema de precedentes no direito brasileiro²⁴⁹. São exemplos o art. 926²⁵⁰, que visou a assegurar a integridade e coerência da jurisprudência, bem como sua compreensão e aplicação, o art. 927²⁵¹ que

247 STJ, AgRg nos EDiv no REsp 228432/RS, Corte Especial, j. 01.02.2002, DJU 18.03.2002, p. 163. Do julgamento, unânime, participaram os Min. Vicente Leal, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro, destaques nossos.

248 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no processo brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pg. 27.

249 Ibidem.

250 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

251 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

instituiu o rol explícito de decisões obrigatórias e o art. 927, §5º²⁵² que dispôs sobre os meios de sua difusão e divulgação.

De fato, o art. 927 do CPC/15 em nada inovou ao falar sobre a obrigatoriedade de obediência às decisões em controle concentrado, pois estas possuem eficácia *erga omnes* e previsão constitucional, assim como as súmulas vinculantes.

As categorias Incidente de Assunção de Competência (IAC) e Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR) não serão abordadas nesse trabalho em face da limitação de seu objeto em torno dos tribunais superiores. Todavia, cabe observação de Marinoni²⁵³, que entende que tais incidentes objetivam apenas proibir a rediscussão de uma questão de direito, e, portanto, não visam formar precedentes. Para ele, o precedente constitui resposta à função das Cortes Supremas de atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades sociais. A obrigatoriedade de decisão em IAC ou IRDR não se sustenta após prolação de julgado dos tribunais superiores na mesma matéria, dada a ordem hierárquica e função constitucional.

Em relação as súmulas, segundo Marinoni²⁵⁴, podem até resumir a tese de direito sustentada numa decisão, todavia, não tem condições de refletir a racionalidade da argumentação própria a um precedente. Isso porque, a *ratio decidendi* de uma decisão espelha não apenas uma tese de direito, mas a racionalidade da tese em face de determinada moldura fática. Afirma ainda²⁵⁵:

“Embora o § 2º do art. 926 do CPC/2015 afirme que, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”, essa norma nada mais é do que uma curiosa admissão de que as súmulas são critérios do passado, enquanto o que atualmente importa são os precedentes das Cortes Supremas. Ora, se é preciso analisar precedentes, não há motivo para pensar em súmula, a não ser que se esteja ainda a confundir precedente e mera decisão recursal. Na verdade, quando hoje se fala em súmula a partir dos precedentes que lhe deram origem, confessa-se, ainda que sem perceber, a imprescindibilidade de uma teoria que possa explicar como os precedentes são elaborados, o que significam e como devem ser utilizados e revogados”

Extrai-se desse raciocínio que o que vincula dos demais órgãos jurisdicionais são os precedentes que deram origem às súmulas, a não seu enunciado isoladamente tratado.

Cabe nesse momento falar sobre os Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos. Conforme Marinoni, não são apenas as decisões proferidas em recursos

252 § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

253 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios [livro eletrônico]**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

254 Ibidem.

255 Ibidem.

extraordinário e especial repetitivos que podem obrigar os juízes e tribunais, mas as ditadas em todo e qualquer recurso extraordinário e especial²⁵⁶. Todavia, em razão do escopo deste trabalho e da relevância desses ritos no Novo Código, trataremos deles a seguir.

3.4. Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos

A técnica de julgamento de casos repetitivos tem raízes em um movimento mundial por racionalização da Justiça civil e é uma forma de agregação de litígios para julgamento de uma questão comum, de direito material ou processual²⁵⁷. A atividade econômica moderna conduziu à insuficiência do Judiciário para atender ao crescente número de demandas, que, muitas vezes, repetem situações pessoais idênticas, acarretando a tramitação paralela de significativo número de ações coincidentes em seu objeto e na razão de seu ajuizamento²⁵⁸.

No caso do STJ e STF, tal técnica foi disciplinada pelo novo Código de Processo Civil, nos arts. 927, III, 928, II e 1.036, e seguintes, tendo como finalidade a resolução de casos de massa ou de questões múltiplas no âmbito desse tribunal, de forma a gerar maior celeridade processual, isonomia e eficiência na função jurisdicional.

Inicialmente são selecionados recursos representativos da controvérsia, com identificação precisa da questão a ser submetida a julgamento, e determinada a suspensão das causas em trâmite que versem da mesma questão. As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo e poderão demonstrar distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no caso repetitivo afetado para julgamento, requerendo o prosseguimento de seu processo ao juiz responsável.

O prazo de tramitação é de, no máximo, um ano, com preferência para o julgamento dos casos repetitivos sobre os demais feitos pendentes para julgamento, podendo ser prorrogado com decisão fundamentada. Além do tratamento prioritário, devem as demandas repetitivas primar pela necessidade de adoção de mecanismo de uniformização de jurisprudência, a fim que sejam atendidas as necessidades de isonomia e de segurança jurídica, entendida não só como a manutenção do status quo, sem alteração

256 Ibidem.

257 ZANETI JUNIOR, Hermes. **Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015**. Revista dos Tribunais, 2018.

258 CUNHA, Leonardo José Carneiro. **O Regime Processual das Causas Repetitivas**. In: DIDIER JR, Fredie. (org). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª ed. JusPodivm, 2011, p. 292.

da situação já consolidada, mas também com a função de garantia de previsibilidade, permitindo que as pessoas possam se planejar e se organizar, levando em conta as possíveis decisões a serem tomadas em casos concretos pelos juízos e tribunais²⁵⁹.

Para decidir, a Corte Superior deve analisar todos os argumentos, favoráveis ou contrários, apresentados à aprovação e à rejeição da questão ou fundamento. Afirma o art. 1.038, § 3º, que o conteúdo do acórdão proferido no recurso repetitivo abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida. Julgado o caso repetitivo, os juízes responsáveis pelos processos versando idêntica controvérsia decidirão aplicando a tese firmada. Conforme Hermes Zaneti Junior, a coisa julgada material não é obtida por meio da técnica dos casos repetitivos, pois sua função como técnica de estabilização é a de fixar uma tese. É na aplicação da tese pelo juízo inicial que gerará, em cada processo, a decisão de mérito submetida a coisa julgada²⁶⁰.

Segundo Marinoni²⁶¹, três são os valores que devem iluminar a compreensão do instituto: economia processual, coerência e contraditório, e interpretá-lo como um simples instrumento para rápida solução de litígios de massa é reduzi-lo a apenas uma de suas funções. A finalidade de todos os procedimentos de agregação é promover e garantir a eficiência dos mecanismos de justiça, com o uso racional dos recursos públicos, a celeridade na prestação jurisdicional e a facilitação da resolução de conflitos com qualidade por meio de julgamentos justos²⁶².

Como já vimos, apesar da relevância desse procedimento de julgamento de demandas em massa, não se deve erroneamente concluir que a força vinculante dos precedentes formados no âmbito dos tribunais superiores decorre da natureza desse procedimento. A necessidade de respeito aos precedentes das Cortes Superiores decorre da função que lhe é atribuída pela Constituição Federal, cabendo-lhe garantir a unidade do direito constitucional (no caso do STF) e do direito federal (no caso do STJ) no país, sendo absurdo supor que um tribunal estadual ou regional federal pode deles divergir, seja qual for o procedimento de julgamento²⁶³.

259 CUNHA, Leonardo José Carneiro. **O Regime Processual das Causas Repetitivas**. In: DIDIER JR, Fredie. (org). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª ed. JusPodivm, 2011, p. 296.

260 ZANETI JUNIOR, Hermes. **Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015**. Revista dos Tribunais, 2018.

261 MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários aos arts. 926 a 928**. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et. al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

262 ZANETI JUNIOR, Hermes. **Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015**. Revista dos Tribunais, 2018.

263 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios [livro eletrônico]**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Para Marinoni, função basilar das Cortes Supremas, a partir da evolução da teoria da interpretação, é a de desenvolver o direito e garantir a sua unidade, e não a de simplesmente dar palavra final acerca de litígios que produzem ações em massa²⁶⁴.

Marinoni²⁶⁵ afirma ainda:

“É claro que a autoridade destas decisões depende do modo como a própria Corte se comporta diante delas. As Turmas devem respeitar suas decisões, que podem ser questionadas por outra Turma até que a Seção a que correspondem defina a questão. Porém, negar eficácia obrigatória às decisões de Turma e de Seção, diante de casos que jamais poderão ser definidos como repetitivos, é cometer um lamentável equívoco, na medida em que a eficácia obrigatória de uma decisão de Corte Suprema está muito longe de se destinar a inibir decisões diferentes para casos de massa”.

Tal ótica é imprescindível para a compreensão sistêmica relativo ao efeito vinculativo das decisões superiores, extraído das disposições do CPC/15, inclusive quando ao procedimento em comento, com enfoque da autoridade dos precedentes judiciais.

A partir da visão sistêmica do novo código e dos apontamentos sobre o sistema de precedentes, cabe analisar o entendimento atual STF e STJ quanto à utilização da reclamação no caso de aplicação indevida, pela origem, de precedente decidido sob a sistemática repetitiva ou em sede de repercussão geral. Frisa-se, de antemão, que os dois tribunais não adotam o mesmo entendimento, o que fragiliza à consolidação de um sistema de precedentes obrigatórios, que necessita de uma sistemática processual coesa e harmônica para sua concretização.

3.5. A Reclamação no Supremo Tribunal Federal

3.5.1. Reclamação para reapreciação de decisões tomadas em controle abstrato de constitucionalidade

Antes de adentrar na questão pertinente ao controle difuso, que é o foco do presente trabalho, é relevante discorrer sobre a prática do Supremo de se utilizar da Reclamação para a reapreciação de decisões tomadas em sede de controle abstrato, redefinindo o conteúdo e alcance de tais julgados, e até mesmo levando a sua superação.

Tal prática não é nova, podendo-se destacar alguns exemplos. Na Rcl 1.525, o STF delimitou o alcance da decisão proferida na ADI 1.662, definindo a amplitude do

264 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios [livro eletrônico]**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

265 MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas [livro eletrônico]: precedentes e decisão dos recursos diante do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

significado de “preterição” de precatórios para fins de sequestro de verbas públicas. Nas Rcl 4.906 e Rcl 4.939, reapreciando a ADI 3.460, determinou o alcance do conceito de atividade jurídica e os requisitos para sua comprovação para fins de concurso de ingresso na carreira do Ministério Público. Outra questão objeto de várias Reclamações²⁶⁶ foi quanto a hipótese de transferência obrigatória entre instituições públicas, no caso do ingresso primário ter ocorrido em instituição privada, situação não abarcada pela ADI 3.324.

Mais uma situação marcante foi a decisão cautelar na ADI 3.395, que assentou o entendimento de que não compete a Justiça do Trabalho o julgamento das causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, que lhes sejam vinculados por relação jurídico-estatutária. Em tal decisão, todavia, não houve manifestação quanto aos contratos temporários com o serviço público e em relação aos casos envolvendo cargos em comissão, sendo tais hipóteses decididas em diversas Reclamações²⁶⁷.

Julgado mais recente na Rcl 29.303 AgR, utilizou da via reclamatória para ampliação do entendimento firmado na ADPF 347-MC, mais especificamente quanto a obrigatoriedade da audiência de custódia, abrangendo para as demais modalidades de prisão, e não apenas a prisão preventiva. Nesta reclamação o relator, Ministro Edson Fachin, reconheceu a ausência de preenchimento do requisito da estrita aderência entre o ato reclamado e o comando decisório, mas justificou seu conhecimento excepcional invocando, em sua argumentação, a Rcl 4.374, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgada 2013.

Nessa Rcl 4.374, decidiu-se pela declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. O relator, Ministro Gilmar Mendes, argumentou em favor da utilização da reclamação para a reapreciação de decisão tomada em sede de controle abstrato, da qual destaca-se alguns trechos:

266 Rcl 3.665, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 19.12.2005; Rcl 3.480, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26.8.2005; Rcl 3.664, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10.11.2005; Rcl 3.277, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 2.6.2005; Rcl 3.653, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 18.8.2005; Rcl 3.469, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2005.

267 Rcl 4.904, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 17.10.2008; Rcl-AgR 4.489, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 21.11.2008; Rcl-AgR 4.054, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, DJ 21.11.2008; Rcl-MC-AgR 4.990, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14.3.2008; Rcl-MC-AgR 4.785, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14.3.2008; Rcl-AgR 7.633, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17.9.2010; AgR 8.110, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 12.2.2010.

“O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. **E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.**”

[...]

No controle abstrato de constitucionalidade, por outro lado, a oportunidade de reapreciação ou de superação de jurisprudência fica a depender da propositura de nova ação direta contra o preceito anteriormente declarado constitucional. Parece evidente, porém, que essa hipótese de nova ação é de difícil concretização, levando-se em conta o delimitado rol de legitimados (art. 103 da Constituição) e o improvável ressurgimento da questão constitucional, em searas externas aos processos subjetivos, com força suficiente para ser levada novamente ao crivo do STF no controle abstrato de constitucionalidade”. (grifo nosso)

A ponderação sobre essa utilização da reclamação se mostra relevante para se questionar o caminho que está sendo trilhado para uma cultura efetiva de precedentes. Há de se analisar se de fato tal utilização específica do instrumento reclamatório encontra-se coerente. Se por um lado, como visto no primeiro capítulo, o STF rechaçou a teoria dos motivos determinantes, exigindo a estrita aderência ao dispositivo de forma a autorizar o conhecimento da reclamatória, de outro, tem conhecido e utilizado o mesmo instrumento para revisitação de julgamento firmado em controle abstrato, ampliando seu entendimento e autorizando, inclusive, sua superação.

Embora fale-se em caráter excepcional, como é possível extrair das decisões comentadas, são várias as ocasiões que o Supremo tem adotado tal medida. Frisa-se que a ação reclamatória, além não possuir as formalidades exigidas das ações em controle abstrato, também não tem a mesma força vinculativa de tais ações. Soma-se ainda a mudança no Regimento Interno do STF, que, com a Emenda Regimental 49, de 3 de junho de 2014²⁶⁸, alterou a competência de julgamento das reclamações, deslocando do Plenário

268 “Art. 9º Além do disposto no art. 8º, compete às Turmas:
I – processar e julgar originariamente:

para as Turmas, fato que agrava tal possibilidade de mutação interpretativa via esse instrumento.

3.5.2. Reclamação pela aplicação indevida de precedente de Repercussão geral

Mesmo antes da vigência do Novo Código de Processo Civil, no âmbito do STF, destacava-se a controvérsia quanto ao cabimento da reclamação para corrigir eventual equívoco na sistemática do regime da repercussão geral. É nítido que a reforma do Judiciário promovida pela Emenda Constitucional 45/2004, que introduziu o instituto da repercussão geral no sistema brasileiro, teve como objetivo evitar que todas as ações pudessem subir ao STF, apresentando a repercussão geral como um filtro para possibilitar que a corte cuide de questões relevantes, sem dispendar tempo e esforços julgando todo e qualquer processo, repetindo sua própria jurisprudência.

Para aqueles que entendiam pelo não cabimento da reclamação no caso em trato, a sua admissão indiscriminada, para reexame de toda e qualquer decisão que aplique tese firmada segundo a sistemática da repercussão geral, poderia inviabilizar o funcionamento da Suprema Corte e retornar o problema de sobrecarga de processos, que a criação do instituto da repercussão geral buscou solucionar.

Tal visão é coerente com o novo papel das cortes superiores como Cortes de Interpretação, conforme apresentada anteriormente, visto que a função principal dessas é a de dizer o direito, e não de controlar a atuação dos órgãos inferiores, e a grande quantidade de processos admitidos no STF fragiliza a qualidade de sua atuação.

Todavia, dada a característica de generalidade do entendimento firmado em sede de repercussão geral, que produz efeitos sobre pessoas que não fizeram parte do caso principal, há de se refletir que os tribunais inferiores, ao aplicar teses sob a alegação de terem sido decididas em sede de repercussão geral, necessitam avaliar a similitude fática entre o caso concreto e o paradigma aplicado, que em determinadas situações pode levar a uma má interpretação e aplicação do acórdão de repercussão geral.

Nessa linha, em voto-vista no julgamento dos agravos regimentais interpostos contra decisão de inadmissão das Reclamações 11.427 e 11.408, o Ministro Luís Roberto Barroso observou que a negativa de subida de recurso com base em decisão com

(...)

c) a reclamação que vise a preservar a competência do Tribunal ou a garantir a autoridade de suas decisões ou Súmulas Vinculantes”.

repercussão geral não usurpa a competência do STF, todavia a má interpretação de acórdão de repercussão geral pode afrontar a autoridade da decisão, o que viabilizaria a propositura de reclamação.

Entretanto, para se evitar a multiplicação de reclamações no tribunal, o Ministro Barroso dispôs que o cabimento da reclamação dependeria de necessário esgotamento da instância de origem, com a interposição de agravo interno contra a decisão monocrática que sobreste o feito ou julgue a causa, e caracterização de teratologia, tratando assim de conhecimento excepcional, por flagrante ilegalidade. Ademais, sugeriu que caso uma reclamação seja ajuizada em situação que não se enquadra nas regras fixadas pelo tribunal, o feito seja considerado como manifestamente infundado para fins de aplicação da multa por litigância de má-fé.

Após a entrada em vigor do Novo CPC/15, tal controvérsia foi resolvida ante a previsão expressa em seu artigo 988, § 5º, II. A partir de tal marco legislativo, o Supremo firmou o entendimento pela interpretação restritiva do mesmo, admitindo a reclamação após o esgotamento de todas as instâncias, visto que não trata de sucedâneo recursal, e desde que caracterizada teratologia. A Rcl 27798 AgR²⁶⁹ ilustra bem tal conjuntura,

269 AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO. DESRESPEITO A PRECEDENTE DO STF PLASMADO SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. 1. Rompendo tradicional entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o Código de Processo Civil de 2015 prevê hipótese de reclamação por ofensa a entendimento de mérito desta Corte formado em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. 2. Essa previsão, todavia, não deve representar a banalização do instituto, de modo a trazer para esta Corte toda e qualquer inconformidade com as decisões das instâncias de origem. 3. O próprio Código fornece balizas seguras para a adequada compreensão do instituto. 4. A parte final do inc. II do § 5º do art. 988 do CPC impõe o esgotamento das instâncias ordinárias. 5. Portanto, NÃO caberá reclamação por inobservância a precedente com repercussão geral reconhecida (a) enquanto couberem recursos na instância de origem, não se considerando entre esses os chamados “recursos facultativos” (embargos de declaração; embargos de divergência; embargos do art. 894, II, da Consolidação das Leis do Trabalho; entre outros) e (b) quando a decisão comportar recurso para o SUPREMO. 6. Em relação ao que se colocou na letra b supra, NÃO caberá a reclamação ora em exame contra decisão da origem que inadmita recurso extraordinário sem fazer menção a precedente formado sob a sistemática da repercussão geral. Para trazer ao SUPREMO a discussão sobre todos outros tipos de óbices, a parte dispõe do agravo do art. 1.042 do CPC, no qual, além de proceder à indispensável impugnação específica, pode postular a aplicação de precedente de repercussão geral. A reclamação, nessa hipótese, mostra-se desnecessária, pois a parte tem acesso ao SUPREMO, inclusive com possibilidade de tutela de urgência (art. 1.029, § 5º). 7. Por decorrência lógica, a reclamação em tela somente caberá do julgamento do agravo interno de que trata o art. 1.030, § 2º, do CPC, devendo ser proposta antes da formação da coisa julgada (CPC, art. 988, § 5º, I). 8. De outro lado, o Código deixa muito claro que o reclamante pode usar como fundamento somente “acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral RECONHECIDA” ou “acórdão proferido em julgamento de recurso extraordinário REPETITIVO”. 9. Dentro desses exíguos limites, não cabe alegar nesta reclamação (a) desrespeito a acórdão que afirmou INEXISTENTE a repercussão geral de certa matéria e (b) a aplicação de óbices processuais ou de outros precedentes, destituídos da força da repercussão geral ou do caráter repetitivo definido nos arts. 1.036 a 1.041. 10. Em síntese: a reclamação prevista no art. 988, § 5º, II, do CPC (a) cabe tão-somente do julgado que resultar da apreciação do agravo interno de que trata o art. 1.030, § 2º, do CPC e (b) pode apontar como fundamento exclusivamente acórdão de recurso extraordinário REPETITIVO ou com repercussão geral RECONHECIDA. 11. Embora a presente reclamação ajuste-se a

definindo que a reclamação prevista no art. 988, § 5º, II, do CPC cabe somente do julgado que resultar da apreciação do agravo interno de que trata o art. 1.030, § 2º, do CPC, e deve apontar como fundamento exclusivamente acórdão de recurso extraordinário repetitivo ou com repercussão geral reconhecida.

A partir da análise da jurisprudência recente do Supremo, é possível, também, se observar que nas reclamações em que não é demonstrada a teratologia, ou seja, quando o precedente de repercussão geral foi corretamente aplicado pelo tribunal de origem, tem sido aplicado a multa do art. 1.021, § 4º, do CPC, por manifesta improcedência, ou a multa do art. 80, I e VI, c/c art. 81, do CPC, por litigância de má-fé, a exemplo das Rcl 44.228 AgR²⁷⁰ e Rcl 26.336 AgR²⁷¹.

3.6. Entendimento do STJ quanto ao cabimento de reclamação pela aplicação indevida de precedente repetitivo: análise da Rcl 36.476

3.6.1. Voto Vencedor na Rcl 36.476

O entendimento recente do STJ sobre o cabimento da reclamação no caso de aplicação indevida de precedente decidido sob a sistemática repetitiva pode ser extraído da análise da decisão da Reclamação 36.476 – SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que trata especificamente sobre o tema.

esses parâmetros, no mérito, não traz argumentos que evidenciem a inobservância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. 12. Agravo interno a que se nega provimento.

270 AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE EQUÍVOCO NA APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. TERATOLOGIA. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAR RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Na esteira da jurisprudência desta Suprema Corte, é pressuposto de cabimento da reclamação, em casos de aplicação do entendimento firmado pelo STF em repercussão geral, a demonstração da teratologia da decisão reclamada. 2. Decisão em harmonia com entendimento consubstanciado no RE 658.026-RG (Tema 612). 3. A reclamação constitucional não consubstancia sucedâneo recursal ou ação rescisória. 4. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor arbitrado à causa, se unânime a votação.

271 Agravo regimental na reclamação. Negativa de seguimento de recurso extraordinário pelo tribunal de origem com fundamento no art. 543-B do CPC/73. Reclamação constitucional. Sucadâneo recursal. Ausência de teratologia. Ação manifestamente infundada. Multa por litigância de má-fé. Agravo regimental não provido. 1. Ausente a demonstração de teratologia da decisão da Corte de origem em que ela aplica entendimento do STF firmado de acordo com a sistemática da repercussão geral, não se admite o uso da reclamação constitucional. 2. A provocação da competência originária do STF em sede reclamatória com paradigma em tese de repercussão geral de forma infundada constitui ato atentatório à dignidade da Justiça, porquanto revela a finalidade da parte de se furtar a se submeter à sistemática introduzida com o objetivo de conferir maior efetividade à atuação do STF como Corte Constitucional, o que justifica a incidência do comando normativo inscrito no art. 80, I e VI, c/c art. 81, do CPC. 3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa.

A controvérsia envolveu a condenação da Telefônica Brasil S.A. em Ação Civil Pública para reparação dos consumidores que adquiriram o plano de expansão de linha telefônica da companhia, por contrato de participação financeira. Diante disso, vários consumidores ajuizaram cumprimento individual de sentença visando a emissão da diferença no valor de ações adquiridas ou o pagamento de todo o investimento realizado em ações da companhia. Na fase de liquidação, restou determinado que para aqueles consumidores que escolhessem pela conversão do pagamento da ação adquirida anteriormente em pecúnia, e não em aquisição de outra ação, o valor deveria ser calculado de acordo com a cotação do pregão realizado pela bolsa de valores, conforme entendimento fixado no REsp nº 1.301.989/RS, julgado em regime de repetitivos pelo STJ.

Os consumidores que não mais desejavam as ações, mas sim a indenização financeira, discordando do regime de cálculo estabelecido pelo TJSP, ingressaram com a reclamação em análise, após esgotar as vias ordinárias, sob o argumento de que o REsp nº 1.301.989/RS estabeleceu critérios para cálculo da diferença para quem queria continuar com as ações, nada dizendo a respeito do pagamento aos consumidores que queriam a reparação da condenação na forma de indenização, não sendo correta sua aplicação ao caso. Assim, o pedido pleiteava uma indenização pela falha da executada em ter entregue valor a menor aos investidores, ou seja, não se pretendia discutir valor de ação, mas a reparação pelo erro cometido.

O Tribunal a quo, em sede de agravo interno manteve a decisão, entendendo pela correta aplicação do recurso repetitivo ao caso em trato, ensejando a reclamação ao STJ, nos termos do artigo 988, §5º, II, do CPC. Dada a relevância da questão e divergência de posicionamento na corte superior, os ministros da segunda seção decidiram afetar a matéria à Corte Especial, com o objetivo de uniformizar o entendimento do STJ, que acabou pela prevalência do voto da Relatora Min. Nancy Andrighi, pelo não cabimento da reclamação constitucional para observância de acórdão proferido em recurso especial repetitivo.

A relatora Min. Nancy Andrighi fez uma extensa análise, abordando aspectos históricos sobre a reclamação, culminando em três abordagens argumentativas para concluir pela inexistência da hipótese do uso da reclamação para observância de acórdão proferido em recurso especial repetitivo.

A primeira abordagem se refere ao aspecto topológico, que, segundo a ministra, o lugar em que determinada disposição é inserida no texto legal pode esclarecer algo a respeito da sua abrangência e alcance. Em seu voto argumenta que:

“a Lei Complementar n. 95/98, ao dispor sobre a elaboração e redação das leis, estabelece em seu art. 11 que, visando à obtenção de ordem lógica: (i) expressa-se por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida e, ainda, (ii) promovem-se as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens”.

Assim, segundo a relatora, “o art. 988 do CPC, ao pretender regular o cabimento da reclamação, se vale de incisos para enumerar as respectivas hipóteses (incisos I a IV), utilizando parágrafos para regular outros aspectos relacionados ao cabimento, bem como para estabelecer exceções”. Para ela, não se mostra coerente afirmar que o parágrafo 5º, inciso II, do art. 988 veicularia uma nova hipótese de cabimento da reclamação, pois todas as hipóteses foram elencadas pelos incisos do caput.

Em segundo lugar abordou o contexto político-jurídico da reforma operada pelo Novo Código de Processo Civil. O texto original do art. 988 previa em seu *caput* a hipótese de cabimento da reclamação garantir a observância de precedente oriundo de “casos repetitivos”, do qual estaria inclusa as espécies Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e em recursos especial e extraordinário repetitivos. Todavia, ainda no período de *vacatio legis* do CPC/15, o art. 988, IV, foi modificado pela Lei 13.256/2016, excluindo a anterior previsão, passando a constar apenas o precedente oriundo de IRDR, outra espécie daqueles. Para a relatora, essa supressão ocorreu para não inviabilizar o funcionamento dos tribunais superiores, sendo tal exclusão compensada pela previsão da ação rescisória quando aplicado erroneamente o precedente, disposta parágrafos 5º e 6º ao art. 966 do CPC. Justifica que norma efetivamente visou ao fim da reclamação dirigida ao STJ e ao STF para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas, tratando-se de opção de política judiciária para desafogar os trabalhos nas Cortes de superposição.

Por fim, discorreu sobre o aspecto lógico-sistemático, afirmando que “aos Tribunais de superposição compete a fixação da tese jurídica e a uniformização do Direito, sendo dos Tribunais locais a aplicação da orientação paradigmática”. Com efeito, para a relatora a admissão da reclamação em tal hipótese atentaria contra a finalidade da instituição do regime próprio de tratamento dos recursos especiais repetitivos, pois, para além de definir a tese jurídica, também incumbiria à corte o controle da sua aplicação

individualizada, com sério risco de comprometimento da celeridade e qualidade da prestação jurisdicional.

Segundo seu voto, “a admissão da reclamação na hipótese em comento atenta contra a finalidade da instituição do regime dos recursos especiais repetitivos, que surgiu como mecanismo de racionalização da prestação jurisdicional do STJ, perante o fenômeno social da massificação dos litígios. Nesse panorama, o STJ se desincumbe de seu múnus definindo, por uma vez, a interpretação da lei que deve obrigatoriamente ser observada pelos demais juízes e tribunais, viabilizando-se que questões idênticas recebam tratamento isonômico e previsível”. Uma vez uniformizado o direito, é dos juízes e Tribunais locais a incumbência de aplicação individualizada da tese jurídica em cada caso concreto.

A aceitação da reclamação na hipótese, para relatora, tornaria estéril a vedação quanto a interposição do agravo quando o recurso especial é obstado na origem em razão de coincidência entre o acórdão recorrido e tese repetitiva. Finaliza dizendo que “o meio adequado e eficaz para forçar a observância da norma jurídica oriunda de um precedente, ou para corrigir a sua aplicação concreta, é o recurso, instrumento que, por excelência, destina-se ao controle e revisão das decisões judiciais”.

3.6.2. Votos Vencidos na Rcl 36.476

O Ministro Og Fernandes, em seu voto-vista, divergiu da relatora entendendo pelo cabimento da reclamação. Devido à importância de alguns argumentos trazidos em seu voto, faz-se relevante a sua análise.

Iniciou discorrendo sobre várias decisões do próprio tribunal que entendia pelo cabimento da reclamação na hipótese em trato, inclusive citando outras que tiveram seu provimento. Fez referência ao atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal pelo cabimento desse instrumento visando à observância de pronunciamento de repercussão geral, desde que previamente esgotadas as instâncias ordinárias.

Com amparo na doutrina, sustentou que a reclamação ainda é necessária para tutelar a devida obediência e respeito aos precedentes obrigatórios. Para ele, não adiantaria o Novo Código formatar um sistema de precedentes com pretensão de serem obrigatórios, sem haver meios adequados para garantir sua aplicação pelos órgãos judiciais. Segundo ele “a ideia de que a reclamação ainda é necessária para tutelar a devida obediência e respeito aos precedentes obrigatórios decorre de nossa cultura jurídica e das

peculiaridades de nosso sistema processual, objeto de alterações recentes e significativas”.

Cita ainda que não é raro os casos de procedência de pedidos formalizados em reclamações, a ressaltar a importância do instituto, exemplificando com reclamações acolhidas na Primeira Seção²⁷², ante a inobservância ou indevida aplicação de entendimento firmado no julgamento de recursos especiais repetitivos.

Visto que o Novo Código não permite a interposição de agravo em recurso especial quanto o esse é obstado na origem em razão da coincidência entre o acórdão recorrido e a tese repetitiva do STJ, cabendo apenas agravo interno ao próprio tribunal a quo, sua manutenção, por aplicação errônea de precedente repetitivo, acaba por impedir que o jurisdicionado tenha seu caso analisado pelo tribunal *ad quem*.

Ressalta que a preocupação com o congestionamento das Cortes Superiores foi levada em conta pelo legislador, ao impor o prévio esgotamento das instâncias ordinárias como requisito para o ajuizamento da reclamação, na hipótese do art. 988, § 5o, II, do CPC.

O ministro discordou, ainda, do argumento topológico da relatora, afirmando que a lei não contém palavras inúteis, princípio basilar insculpido no brocardo *verba cum effectu sunt accipienda*, entendendo que o tribunal deve interpretar o inciso II do § 5º do art. 988 do CPC de modo a privilegiar a eficácia e a validade do dispositivo.

Apresentou, ainda, dados estatísticos de 2014 a 2019 do STF e do STJ, demonstrando que não houve aumento expressivo do número de reclamações recebidas pelas Cortes, a ponto de inviabilizar os trabalhos.

Em relação a compensação pela hipótese de cabimento da ação rescisória, argumentou que essa pretensa compensação não é real. Isso porque a rescisória seria apreciada pelo próprio tribunal prolator da decisão que a priori aplicou equivocadamente a tese repetitiva. Ademais, o ajuizamento da ação rescisória, prevista no § 5º do art. 966 do CPC, restringe-se a hipótese de não consideração da existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento, não contemplando, portanto, outras situações previstas no § 4º do art. 988 do CPC, tal como a não aplicação da tese jurídica aos processos que a ela correspondam. Concluiu que tais conjunturas ficarão desamparadas, sem o cabimento da reclamação, deixando o

272 Rcl 37.081/SP, Rcl 34.219/SP, Rcl 37.584/RS.

jurisdicionado sem remédio processual para pleitear a correção da ilegalidade e a Corte Superior sem instrumento para garantir a observância de seus julgados repetitivos.

Por fim, afirma que “afastar, a pretexto de interpretar, sem a devida declaração de inconstitucionalidade, a aplicação do inciso II do § 5º do art. 988 do Código de Processo Civil, tal como delineado no voto da em. Relatora, pode ensejar questionamentos acerca de eventual inobservância do art. 97 da CF/1988 e, ainda, de afronta ao verbete vinculante 10 da Súmula do STF”.

O Ministro Herman Benjamin acompanhou a divergência suscitada pelo Ministro Og Fernandes e acrescentou que a hipótese de rescisória, prevista no art. 966, § 5º, do CPC/2015 trata do julgamento proferido por automatismo, em que há um vício formal nos fundamentos decisórios. Nessa situação, não haveria como aferir se ocorreu afronta à autoridade decisória do STJ, mas sim déficit de fundamentação e afronta ao art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC/2015. Entretanto, o caso em trato, para ele, não versava sobre omissão desse dever de fundamentar, mas sobre possível má aplicação de precedente do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo seu voto:

“O precedente é feito para julgamentos futuros, que se farão certamente a partir dos dados do caso, mas pode ser que essa aplicação seja conformada por experiências particulares, inclinações pessoais e múltiplas outras variáveis que, no limite, podem desfigurar a tese por completo. É evidente que, precisando aplicar precedentes a um caso concreto, as instâncias ordinárias precisarão interpretá-los, e nessa atividade é até mesmo possível, por expressa autorização do já citado art. 489, VI, do CPC/2015, deixar de seguir aqueles que forem invocados pelas partes, desde que seja demonstrada "a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento". O controle da procedência dessa fundamentação não pode ser retirado da competência do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

O sistema trazido pelo CPC/2015 é incompatível com o automatismo na reprodução dos precedentes e nele também não há lugar para o arbítrio. Os acórdãos proferidos sob a sistemática dos repetitivos são textos, neles se contém uma *ratio decidendi* que se expressa sob a forma de um texto, e existe, em torno de qualquer texto, a possibilidade de interpretações, restrições e complementações”.

Sustentou que, no exercício da tarefa de aplicar o precedente, pode ser que o juízo do caso sucessivo, a pretexto de estar interpretando a tese emitida pelo STJ, acabe desfigurando-a. Em tais circunstâncias, se no julgamento do agravo interno, previsto no art. 1.030, § 2º, mantiver a aplicação errônea de precedente e encerrar a discussão, transitando em julgado, acabará havendo uma lacuna na efetividade do sistema de precedentes.

Por isso, para ele, dever-se-ia admitir da reclamationária como instrumento adequado para discutir as razões que aplicam ou afastam o precedente daquele tribunal, com objetivo de averiguar se de fato a interpretação do STJ firmada em repetitivos foi ou não observada, nos exatos termos do artigo 988, §5º, II, do CPC.

O Ministro Raul Araújo acompanha a divergência acrescentando a reclamação, tanto para o Supremo Tribunal Federal como para o Superior Tribunal de Justiça, tem assento na própria Constituição Federal, o que garante um direito subjetivo público constitucionalmente assegurado aos jurisdicionados, direito que não pode ser minimamente restringido ou afetado por disposições infraconstitucionais, como o Código de Processo Civil.

3.6.3. Reclamação 36.476 e o sistema de precedentes obrigatórios

O STJ fixou o entendimento pelo não cabimento da reclamação para observância de acórdão proferido em recurso especial repetitivo, com base na Rcl 36.476, e várias decisões posteriores invocaram esse julgado como argumento pelo não conhecimento da ação.

Apesar de relevantes alguns pontos levantados pela relatora Ministra Nancy Andrighi, tendo como base na literatura exposta nesse trabalho, a decisão em comento não se mostrou a mais apropriada para o desenvolvimento de uma cultura de precedentes.

A correta adoção de um sistema de precedentes envolve a clareza dos conceitos que o integram, como *ratio decidendi* e *obiter dictum*, para a compreensão acerca da vinculatividade da decisão; o adequado recorte fático das circunstâncias essenciais; bem como o conhecimento quanto as técnicas da distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*), que permitem a aplicação do precedente a um caso futuro. O manejo destes conceitos e técnicas não é simples e automático, o que torna a tarefa de aplicar precedente algo que demanda estudo e experiência.

Conforme Conforme Merryman & Pérez-Perdomo, a visão simplista do processo judicial, que pressupunha que a legislação sistemática seria clara, completa e coerente, reduzindo a função do juiz à mera aplicação da lei, tem um incrível poder de sobrevivência na mente do público e entre alguns juristas. Da mesma forma, muitos

persistem em acreditar que os tribunais estão vinculados a decisões anteriores e que o processo de encontrar e aplicar o precedente ao caso deve ser relativamente mecânico²⁷³.

Assim, a consolidação de um sistema de precedentes judiciais é uma tarefa complexa e gradativa, que envolve mudança na forma de atuação jurisdicional, especialmente no que tange o caráter cultural. Como colocado pelo Ministro Herman Benjamin, pode ser que o juízo do caso sucessivo, a pretexto de estar interpretando a tese emitida pelo STJ, acabe desfigurando-a.

Conforme se extrai do voto-vista do Ministro Og Fernandes, nosso atual sistema e estrutura jurisdicional ainda demanda mecanismos de verificação e efetivação da autoridade das decisões superiores. Como exemplificado pelo ministro, não é difícil encontrar reclamações da Primeira Seção admitidas em razão da inobservância precedente oriundo de Recurso Especial Repetitivo.

Segundo Debora Bonat, no Brasil, os juízes sempre foram treinados e incentivados, especialmente pelas instituições de ensino, a manter sua independência decisória, o que, na prática, identifica-se no caráter individual de construção da sentença ou acórdão sem qualquer preocupação com a coerência sistêmica do Poder Judiciário²⁷⁴. Segundo ela, a partir da análise de pesquisa elaborada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em 2018, pode-se deduzir que os magistrados brasileiros, em sua maioria, apesar de concordarem que a existência de um sistema de convergência interpretativa traga maior racionalidade ao sistema, a manutenção de sua independência decisória é mais relevante²⁷⁵.

Outro exemplo da não observância de Recurso Repetitivo está em acórdão recente da 20ª Câmara Cível do TJMG²⁷⁶, publicado 05 de maio de 2022, no qual a relatora, embora reconheça o julgado no REsp nº 1.877.883/SP, Tema 1.076²⁷⁷, que decidiu pela

273 MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007, pg. 42.

274 BONAT, Debora. **A Repercussão Geral e o Impacto no Acesso à Justiça**. In: IGREJA, Rebeca Lemos; NEGRI, Camilo (org.). *Desigualdades globais e justiça social [livro eletrônico]: interfaces teóricas, acesso à justiça e democracia - Coleção de estudos globais*. 1. ed. Brasília: FLACSO, 2021.

275 Ibidem.

276 https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10000220359715001

277 Tese jurídica: “1) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa, ou o proveito econômico da demanda, forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil (CPC) - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. 2) Apenas se admite o arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da

inviabilidade da fixação de honorários de sucumbência por apreciação equitativa quando o valor da condenação ou o proveito econômico forem elevados, fixou, entretanto, honorários por equidade, por considerar que o arbitramento sobre o valor da causa não atendeu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao labor desempenhado pelo advogado. Segundo a desembargadora, "não há como receber o referido precedente como vinculante" dada a votação ter se dado por 7 votos contra 5. Segundo ela, deveria exigir-se maioria qualificada para se ter efeito vinculativo e o tema "não se encontra satisfatoriamente amadurecido sequer no âmbito do STJ". Assim, a magistrada deixou de aplicar um precedente obrigatório por entender que, para que esse tivesse efeito vinculativo, deveria se ter uma exigência a mais, maioria qualificada, não prevista pelo legislador, segundo claro critério pessoal.

O novo código de processo civil demonstrou uma preocupação com a quantidade de processos nos tribunais superiores, tanto que limitou a admissão das reclamações ao esgotamento de instâncias, conforme o inciso II do parágrafo 5º do artigo 988. Ademais, como exposto pelo ministro, não houve um grande aumento no ajuizamento de reclamações após a entrada do novo Código de Processo Civil, o que, a princípio, afasta a preocupação de política judiciária sobre um possível congestionamento de processos em razão da admissão da reclamação nessa hipótese.

Até que os órgãos judiciais assimilem uma efetiva cultura do precedente judicial, é imprescindível que se admita a reclamação com função de outorga de eficácia de precedente²⁷⁸. Sem o cabimento da reclamação, cria-se a possibilidade de uma decisão que aplicou indevidamente um precedente repetitivo se mantenha, ferindo o direito do jurisdicionado a um tratamento isonômico e fragilizando a autoridade do tribunal superior.

Conforme Wambier²⁷⁹, o sistemático desrespeito a precedentes compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias normas regendo a mesma conduta, o que gera instabilidade e insegurança jurídica.

Como colocado pelo Ministro Herman Benjamin, somente com cabimento da reclamatória é possível averiguar se de fato o precedente obrigatório foi observado. Tal

causa for muito baixo". <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/16032022-STJ-veda-fixacao-de-honorarios-por-equidade-em-casos-de-grande-valor-com-apoio-no-CPC.aspx>

278 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 976 a 1.044 [livro eletrônico]**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016.

279 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

entendimento é corroborado por Marinoni, que afirma que “a adequação do *distinguishing* inviabiliza a procedência da reclamação, mas a sua realização, exatamente por poder ser inadequada, não inibe a sua propositura”²⁸⁰.

Por fim, não se pode ignorar o posicionamento do Supremo, como já dito, no sentido de admitir a reclamação na hipótese, desde que esgotadas as instâncias e presente a teratologia. É necessário para a sistematização de uma cultura de precedente que as cortes superiores estejam em consonância. Por se tratar de medida excepcional, cabe a parte demonstrar a teratologia da decisão, ou seja, que a aplicação do recurso repetitivo foi equivocada, conforme o entendimento do STF.

280 MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes [livro eletrônico]: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CONCLUSÃO

A redemocratização no Brasil impulsionou uma volta ao Direito, que não mais alimenta a módica crença de que a lei seja a expressão da vontade geral institucionalizada, mas a tem como parte do avanço histórico, fruto do debate político, representando a despersonalização do poder e a institucionalização da vontade política²⁸¹. A legislação escrita, todavia, não consegue regular todas as situações sociais, que além de envolverem as múltiplas áreas de conhecimento, modificam-se em uma velocidade intensa, demandando novos direitos fundamentais, antes não imaginados.

O Poder Judiciário passou a ser demandado, cada vez mais, a buscar a solução para os litígios sem poder recorrer a literalidade da lei. Essa complexidade repercutiu na própria hermenêutica jurídica, que possibilita extrair diferentes interpretações da mesma norma legislativa.

A concepção de norma desmembrada do contexto fático de sua aplicação se mostra irreal, especialmente quando pensada frente a emergência dos princípios constitucionais e a utilização, cada vez mais frequente, desses nas fundamentações jurídicas. Tal quadro se apresenta ainda mais complexo pela presença, no ordenamento jurídico, das cláusulas gerais legislativas e dos conceitos vagos.

É amplamente aceita hoje a ideia de que as normas são resultado da atividade interpretativa, indissociável da aplicação ao caso concreto. Essa concepção de norma atrelada a interpretação e aplicação da lei impõem ao Poder Judiciário um novo papel na criação e desenvolvimento do direito. Essa “abertura” criativa, todavia, traz consigo o risco de se emanar decisões em sentido distinto para uma mesma situação fática, a depender do julgador, ferindo a isonomia e segurança jurídica. A liberdade que é dada, por exemplo, pelo uso de um conceito vago, não se destina ao juiz individualmente considerado, mas ao Judiciário como um todo²⁸².

Desse quadro advém um novo papel das Cortes Superiores, como Cortes de Interpretação, que, identificando entre as várias interpretações extraíveis do texto legislativo, cria a norma jurídica que, a luz do contexto fático apresentado, está de acordo com os valores da sociedade. Nesse prisma, o dever de motivação se apresenta como real

281 BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2021.

282 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

garantidor da previsibilidade do direito e isonomia entre jurisdicionados, destarte de toda sociedade, não se limitando a um senso argumentativo, mas, a partir da formação da *ratio decidendi*, se extrair o real sentido da norma aplicada ao concreto.

Uma vez adotada, no tribunal superior, determinada fundamentação, pela maioria de seu colegiado, se produz a norma jurídica para aquela circunstância fática, formando-se um precedente, e os casos futuros semelhantes devem adotar o mesmo caminho nos demais órgãos jurisdicionais, em razão da previsibilidade do direito e garantia da igualdade.

Esse quadro caminha de encontro com a utilização no funcionamento judiciário da teoria dos precedentes, de inspiração da *common law*. Conforme Marinoni²⁸³, respeitar precedentes é uma maneira de se preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como “de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal”.

Frisa-se que não se busca simplesmente importar um modelo estrangeiro de atuação, mas incorporar aquilo que contribui para o desenvolvimento do direito brasileiro, adaptando seus institutos a nossa realidade social e tradição jurídica. Não há dúvida que, nessa visão, o Novo Código de Processo Civil, em uma análise sistêmica, procurou introduzir a cultura obediência a precedentes judiciais no direito brasileiro.

Nessa perspectiva, o procedimento de julgamento dos Recursos Repetitivos do STF e STJ oportuniza um amplo debate e cenário favorável para a construção de uma tese jurídica, de forma a orientar os casos futuros similares. Cabe frisar, entretanto, que não é o procedimento em si que confere a qualidade de precedente, mas o seu resultado, quando possível a construção de uma *ratio decidendi*, o que só se obtém com a convergência da maioria do colegiado sobre determinada fundamentação.

Uma vez formado um precedente por tribunal superior, este deve ser observado pelos demais órgãos jurisdicionais, em razão da competência atribuída ao STF e STJ pela carta constitucional. A questão que posta é como garantir tal observância, ou seja, quais mecanismos o ordenamento jurídico oferece para que os precedentes sejam respeitados.

A reclamação constitucional, conforme abordado, tem função originária voltada para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STF e STJ. O Novo Código expandiu sua aplicabilidade, tornando-a instrumento de afirmação da

283 MARINONI, Luiz Guilherme. *Ética dos Precedentes [livro eletrônico]*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

autoridade dos precedentes elencados como obrigatórios. É verdade que o código demonstrou uma preocupação com a política judiciária, vedando o acesso *per saltum* ao STF e ao STJ, todavia o ordenamento não impossibilitou sua aplicação, apenas criando forma subsidiária de acesso aos tribunais superiores²⁸⁴. Esse, inclusive, é o entendimento pacífico do STF, que autoriza seu cabimento desde que esgotada todas as instâncias e demonstrada a teratologia.

Se por um lado o cabimento da reclamação nessa hipótese possa, em tese, gerar um aumento no número de processos, gerando sobrecarga desses tribunais superiores, o que seria contraditório com o sistema de precedentes, por outro, ainda se consta no Poder Judiciário vários exemplos de desrespeito às decisões do STJ e STF, o que mostra ser ainda necessária a existência de um instrumento para garantia da autoridade dos precedentes superiores, até o estabelecimento de uma efetiva cultura para tal fim. Dada a excepcionalidade de seu cabimento, e como forma a coibir a propositura dessa ação de forma manifestamente protelatória, correta a aplicabilidade da multa por litigância de má-fé, pelo STF, nos casos em que não é demonstrada a teratologia da decisão reclamada.

Ademais, como visto, um importante ponto para estabelecimento dessa nova cultura é a convergência de entendimento entre as cortes superiores, o que não está ocorrendo no caso em trato, visto que o STJ adotou entendimento diverso do STF quanto ao cabimento da reclamação. Posto isso, a decisão da Corte Especial na Reclamação nº 36.476/SP, consubstanciada no voto da relatora Nancy Andrichi, está em descompasso com a teoria dos precedentes e, com a devida vênia, deixou prevalecer uma solução que mais prejudica a autoridade do próprio tribunal do que a fortalece.

A mudança almejada no Novo CPC/15 por um sistema processual mais harmônico, participativo e efetivo só é possível com o engajamento do Poder Judiciário em uma perspectiva macroestrutural, entendendo que o alinhamento e a deferência às decisões superiores vinculantes pelos tribunais inferiores é algo não somente a ser incentivado, mas exigido, garantindo-se, todavia, o contraditório das partes, como direito de influenciar a decisão, valor constitucional basilar de nosso ordenamento.

284 XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais [livro eletrônico]: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.526/2016)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 114.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **A reclamação constitucional e os precedentes vinculantes: o controle da hierarquização interpretativa no âmbito local**. Revista de Processo, v. 252, p. 243-262, fev. 2016.

BARIONI, Rodrigo. **Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas**. Revista Processo, vol. 310, dez/2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n.º. 59, jan./fev. 2010

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BARROSO, Ricardo Cavalcante. **Considerações sobre o papel criativo-político do juiz na sociedade plural**. Fórum administrativo, Belo Horizonte, v. 7, n. 80, p. 50-56, out. 2007.

BONAT, Debora. **A Repercussão Geral e o Impacto no Acesso à Justiça**. In: IGREJA, Rebeca Lemos; NEGRI, Camilo (org.). Desigualdades globais e justiça social [livro eletrônico]: interfaces teóricas, acesso à justiça e democracia - Coleção de estudos globais. 1. ed. Brasília: FLACSO, 2021. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Rebecca-Igreja-2/publication/356756774_Desigualdades_globais_e_justica_social_livro_eletronico_interfaces_teoricas_acesso_a_justica_e_democracia/links/61aa3796092e735ae2da2be9/Desigualdades-globais-e-justica-social-livro-eletronico-interfaces-teoricas-acesso-a-justica-e-democracia.pdf#page=263>. Acesso em: 11 mai. 2022.

CAENAGEM, R. C. van. **The birth of the English common law**. 2ª ed. Cambridge: 1988.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. **O Regime Processual das Causas Repetitivas**. In: DIDIER JR, Fredie. (org). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª ed. JusPodivm, 2011, p. 291-316.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 353-446.

GRAU, Eros Roberto. **Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado “efeito vinculante”**. Revista trimestral de Direito Público, Brasília, n. 16, 1996.

MAGALHÃES, Breno Baía. **Considerações acerca da natureza jurídica da Reclamação Constitucional**. Revista de Processo, v. 37, n. 210, p. 399-424, ago. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas [livro eletrônico]: precedentes e decisão dos recursos diante do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz. Guilherme. **A ética dos precedentes [livro eletrônico]: justificativa do novo CPC**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz. Guilherme. **Precedentes Obrigatórios [livro eletrônico]**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes [livro eletrônico]: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz. Guilherme. **Comentários aos arts. 926 a 928**. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et. al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 976 a 1.044 [livro eletrônico]**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos.; BARROSO, Luís. Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Revista da AGU, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas**. Revista Direito Público, n. 12, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas cortes supremas [livro eletrônico]: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PACHECO, José da Silva. **A “Reclamação” no STF e no STJ de acordo com a nova constituição**. Revista dos Tribunais, v. 78, n. 646, ago. 1989

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes [livro eletrônico]: universalidade das decisões do STJ**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PESSOA, Thiago Simões, PUGLIESE, William SOARES. **A reclamação como instrumento de unidade no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 20 n. 3, p. 575-596, 2013.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. In: MARINONI, Luiz. Guilherme (org). Estudos de Direito Processual Civil. Revista dos Tribunais, 2005, p. 761-776.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **O papel político do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional: Considerações a partir da teoria, da cultura institucional e da jurisprudência**. Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 13, n. 1095, nov. 2013. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26259-26261-1-PB.pdf>> Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 46, n. 1, jul. 2006.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Civilistica.com, a. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014-4.pdf>> Acesso em: 15 out. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 53 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no processo brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

TUCCI, José Rogério Cruz. **O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 69-82.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

VEIGA, Daniel Brajal. **O caráter pedagógico da Reclamação Constitucional e a valorização do precedente**. Revista Processo, v. 38, n. 220, jun. 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 172, jun. 2009.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.526/2016)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015**. Revista dos Tribunais, 2018.