



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP**  
**ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA**  
**MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**JOÃO EDUARDO DE NADAL**

**A RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES  
QUALIFICADOS**

**BRASILIA**

**2019**

JOÃO EDUARDO DE NADAL

**A RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES  
QUALIFICADOS**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção  
do título de Mestre em Direito Constitucional pelo  
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier

BRASILIA

2019

### Ficha de identificação da obra

NADAL, JOÃO EDUARDO DE

A RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES QUALIFICADOS / JOÃO EDUARDO DE NADAL; orientador, Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier, 2019. 278 p.

Dissertação (mestrado) - Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, Brasília, 2019.

Inclui referências.

1. Constituição Federal. 2. Reclamação. 3. Precedentes qualificados. 4. Superação. I. Wambier, Prof. Dr. Luiz Rodrigues. II. Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional. III. Título.

João Eduardo de Nadal

## **A Reclamação Como Instrumento De Superação Dos Precedentes Qualificados**

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier  
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Prof. Dr. Georges Abboud  
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Prof. Dr. Alexandre Reis Siqueira Freire  
Universidade Federal do Maranhão – UFMA

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

---

Dr.(a) Prof. Dr. João Paulo Bachur  
Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado Acadêmico em Direito  
Constitucional

---

Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier  
Orientador

Brasília, dezembro de 2019.

À minha companheira de vida, Melissa, todo meu amor e admiração.

Aos meus filhos, Betina e José Eduardo, fonte inesgotável de amor, motivação e alegria.

## AGRADECIMENTOS

As viagens à capital federal são uma constante na advocacia e se intensificaram no mestrado. Durante essas jornadas, me acompanha na memória e no coração a figura da minha querida mãe, Laine. Foi ela a primeira incentivadora do meu aprimoramento acadêmico. Saudade eterna.

Meu pai, Herneus De Nadal, obrigado pelo encorajamento e os conselhos diários para enfrentar as dificuldades que a vida às vezes nos impõem. És meu norte e meu guia constante.

Ao meu sócio e fraterno amigo, Zulmar Duarte de Oliveira Júnior, meu muito obrigado. Foram nossas conversas, leituras e discussões sobre o tema que permitiram a conclusão deste trabalho. Sem suas observações e ajuda, tenho a convicção que não chegaria no resultado desejado.

Ao meu amigo e também sócio Jailson Fernandes, obrigado pela companhia na advocacia. Sua dedicação e trabalho duro sempre me foram inspiradores.

Agradeço também ao colega de profissão Ricardo Fretta Flores, pela sua contribuição nas discussões e companhia profissional.

Registro, porque indispensável, o agradecimento pelas colaborações dos professores e hoje amigos Alexandre Freire (também colega no Senado Federal) e Georges Abboud. A preocupação e precisão dos apontamentos sobre a matéria permitiram aprimorar enormemente o trabalho.

Meu agradecimento especial ao Professor Luiz Wambier, ser humano especial e orientador irretocável. O contato pessoal estabelecido com este notável jurista aumentou ainda mais minha admiração e respeito.

Renovo, porque merecidos, meus agradecimentos à minha querida esposa Melissa De Nadal. Que nossa jornada continue sendo marcada pelo respeito, admiração e carinho. Obrigado por tanto!

Aos meus amados filhos Betina e José Eduardo, presentes de Deus. “O homem não vive só para si. Vive para os filhos e os filhos dos filhos, e vive neles”. Taylor Caldwell, Um Pilar de Ferro.

## RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a Reclamação como instrumento hábil para garantir a aplicação e discussão sobre o conteúdo dos precedentes qualificados. A possibilidade surgiu com maior vigor após a publicação do Código de Processo Civil de 2015, que fez prever a Reclamação como um mecanismo para garantir a observância dos precedentes qualificados do art. 927. Para tanto, foi necessário estudar o regime de precedentes no Brasil e compará-lo com o modelo adotado no *common law*, especialmente na Inglaterra e Estados Unidos. Este exercício foi indispensável para compreendermos as diferenças e convergências dos sistemas. Discorreremos também sobre os tipos de precedentes qualificados e como o sistema processual brasileiro encara sua aplicação, bem como as melhores técnicas interpretativas para tirarmos o melhor proveito desses provimentos vinculantes. Decidir por precedentes não chega a ser uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, mas até antes do CPC/2015 eles tinham força persuasiva e não vinculante. A Reclamação foi eleita pela legislação processual como principal instrumento para garantir a aplicação dos precedentes qualificados. Mas além de garantir sua aplicação, a Reclamação pode promover a rediscussão do precedente quando confrontado com o caso concreto. Isto permite expandir os limites do precedente, bem como promover a superação do seu conteúdo. Para que pudéssemos verificar esta possibilidade por meio da Reclamação, traçamos uma linha histórica do surgimento da ação constitucional até os dias atuais, analisando seu quadro evolutivo, sua natureza jurídica e sua aceitação pela doutrina e jurisprudência como instrumento de reinterpretção desde o controle concentrado até os precedentes qualificados

**Palavras-chave:** Constituição Federal. Reclamação. Precedentes qualificados. Superação.

## ABSTRACT

This paper intends to analyse the *Reclamação* as a skilful instrument to ensure the application and discussion of binding precedents. The possibility arose with greater force after the publication of the 2015 Code of Civil Procedure, which provided for the *Reclamação* as a mechanism to ensure the binding precedents. Therefore, it was necessary to study the precedent regime in Brazil and compare it with the model adopted in the common law, especially in England and in the United States. This exercise was indispensable for understanding the differences and convergences of the systems. We also discuss the binding precedents types and on how the Brazilian procedural system views their application, as well as the best interpretative techniques to make best provide of these binding provisions. Deciding for precedents is not new in Brazilian legal system, but even before *CPC/2015* entered in force, they had persuasive rather than binding force. The *Reclamação* became consider by procedural law as the main instrument to ensure the application of binding precedents. Nevertheless, in addition to ensuring its application, the *Reclamação* can promote the re-discussion of precedent when confronted with the specific case. This may expand the limits of the precedent as well as promote the overcoming of its content. So that we could verify this possibility through the *Reclamação*, we have drawn a historical line of the emergence of constitutional action to the present day, by analysing its evolutionary framework, its legal nature and its acceptance by doctrine and jurisprudence as an instrument of reinterpretation from constitutional judicial review to binding precedents.

**Keywords:** Federal Constitution. *Reclamação*. Binding precedents. Overruling.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 O REGIME DE PRECEDENTES NO BRASIL</b> .....	<b>18</b>
<b>1.1 Os modelos do Common Law e Civil Law: diferenças e convergências</b> .....	<b>19</b>
1.1.1 O papel do juiz nos sistemas do <i>common law</i> e <i>civil law</i> .....	32
1.1.2 O <i>stare decisis</i> no <i>common law</i> e sua importância para a formação de um sistema de precedentes.....	38
1.1.3 <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dicta</i> : a dificuldade de extrair a razão das decisões .....	45
<b>1.2 Conceito e formação do precedente</b> .....	<b>54</b>
<b>1.3 Aplicação de precedentes</b> .....	<b>61</b>
<b>1.4 Os precedentes no Código de Processo Civil de 2015</b> .....	<b>77</b>
<b>2 PRECEDENTES QUALIFICADOS</b> .....	<b>86</b>
<b>2.1 Espécies</b> .....	<b>90</b>
2.1.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade .....	92
2.1.1.1 <i>Distinções entre efeito erga omnes e eficácia vinculante e a teoria da transcendência dos motivos determinantes</i> .....	99
2.1.2 Enunciados de súmulas vinculantes e súmulas do STF e STJ nas suas respectivas competências .....	104
2.1.3 Incidente de assunção de competência .....	112
2.1.4 Incidente de resolução de demandas repetitivas.....	114
2.1.5 Orientações do plenário ou órgão especial .....	122
2.1.6 Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida .....	124
<b>2.2 Precedentes e jurisprudência: uma distinção necessária</b> .....	<b>126</b>
<b>2.3 Carga vinculante dos precedentes qualificados</b> .....	<b>127</b>
2.3.1 (In)Constitucionalidade do efeito vinculante dos precedentes do art. 927 do CPC140	
<b>2.4 Superação dos precedentes</b> .....	<b>146</b>
2.4.1 Distinção ( <i>Distinguishing</i> ).....	150

2.4.2	Superação ( <i>Overruling</i> ) .....	155
2.4.2.1	<i>Superação antecipada (Anticipatory overruling)</i> .....	168
2.4.2.2	<i>Prospective overruling: a possibilidade de modulação dos efeitos</i> .....	171
<b>3</b>	<b>SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES QUALIFICADOS E A RECLAMAÇÃO</b> .....	<b>177</b>
<b>3.1</b>	<b>Surgimento e evolução histórica da Reclamação</b> .....	<b>178</b>
<b>3.2</b>	<b>Natureza jurídica da Reclamação</b> .....	<b>186</b>
<b>3.3</b>	<b>Hipóteses de cabimento</b> .....	<b>193</b>
3.3.1	Preservação da competência do tribunal.....	200
3.3.2	Garantia de autoridade das decisões do tribunal.....	205
3.3.3	Garantia de observância de enunciado de súmula vinculante e decisões em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF .....	211
3.3.4	Garantia de observância de acórdão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Incidente de Assunção de Competência (IAC).....	224
3.3.5	Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e recursos extraordinário e especial repetitivos .....	229
<b>3.4</b>	<b>Superação dos precedentes qualificados na via da Reclamação</b> .....	<b>245</b>
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>256</b>

## INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que precedentes não são imutáveis e podem ser superados. A Reclamação, hoje instrumento processual inserido no art. 988 do Código de Processo Civil, pode ser o meio adequado para suscitar a rediscussão da decisão na qual se funda o precedente. Mais, a Reclamação pode ser um meio adequado à oxigenação do precedente, permitindo a retificação ou superação da decisão anterior.

Analisando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao longo do julgamento de Reclamações firmadas especialmente em sede de controle abstrato de constitucionalidade, por ocasião do descumprimento das suas decisões, o STF redimensionou os próprios pronunciamentos objetos das Reclamações.

A partir da análise de Reclamações postas à apreciação, a Suprema Corte temperou casos anteriores ou mesmo ampliou seus conceitos, indicando que a Reclamação poderia servir como meio de superação de casos futuros.

Em outras palavras, a Reclamação serviria como meio de atualização de precedentes qualificados, permitindo ao tribunal sua retificação ou superação, evitando que o fundamento sobre o tema seja definitivamente encerrado<sup>1</sup>.

Temos então a problemática: A Reclamação pode servir de veículo à reanálise e superação de precedente qualificado? Os Tribunais Superiores devem assegurar o seu processamento?

Buscando resolver o problema, a pesquisa se guiará pelo método hipotético-dedutivo. Partiremos de uma hipótese, qual seja, a possibilidade da superação de precedentes, que será resolvida via dedução. Será testada a Reclamação como forma de superação dos precedentes. A pesquisa será baseada em estudo bibliográfico, da legislação, da doutrina e de julgados das Cortes Superiores.

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de et al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 907.

<sup>2</sup> CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 437.

<sup>3</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras**

A análise da Reclamação como meio eficiente à oxigenação dos precedentes qualificados revela-se pertinente, na medida em que deve haver algum mecanismo capaz de fazer chegar ao Tribunal Superior a decisão que malversou a aplicação do precedente.

Estabelecer um estudo para identificar na Reclamação um meio capaz de superar precedentes qualificados é, portanto, o objetivo do presente trabalho. O manejo da Reclamação parece um mecanismo eficaz, correto e adequado para questionar uma decisão que mal aplicou precedentes.

Para buscar respostas à problemática posta, sob o risco de conclusões precipitadas, é necessário percorrer o caminho da formação do precedente no sistema jurídico brasileiro, sua eficácia e seu poder de vinculação, o que será objeto de pesquisa no Capítulo 1 deste trabalho.

Será necessário também incursionar sobre os regimes jurídicos adotados, sendo eles o *common law* e o *civil law*, buscando determinar quais as semelhanças e diferenças do modelo de precedentes nos países que adotam os distintos regimes, sem o afastamento da temática brasileira.

Questões envolvendo a aplicação de precedentes são de relevante importância para o estudo que se pretende desenvolver. O *stare decisis*, responsável pela efetivação das decisões judiciais no *common law* contemporâneo e as técnicas de extração da *ratio decidendi*, são igualmente relevantes para saber se nosso sistema de precedentes se equivale ao do *common law*; ou se podemos extrair conceitos do modelo anglo-saxão que auxiliem no trato com o novo sistema de decisões vinculantes brasileiro.

Não se nega que estamos em modelo jurídico distinto, o *civil law*, derivado da tradição romano-germânica. O sistema jurídico do Brasil baseia-se na legislação como fonte do direito. Nele o juiz assume uma postura passiva frente à legislação vigente.

Enquanto no *common law* “quem diz que uma decisão judicial é precedente é o juiz do caso seguinte<sup>2</sup>”, isto é, analisando o caso posto, o juiz deita os fatos e fundamentos sob o outro mais antigo, e daí extrai os fundamentos da sua decisão; no *civil law* brasileiro, ainda que os precedentes tenham papel de destaque na aplicação do direito positivo, as decisões nascem com carga vinculante, o que vai balizar sua aplicação futura.

---

<sup>2</sup> CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 437.

O precedente seria a utilização de uma razão de decidir constante de uma decisão pretérita como forma de subsidiar a decisão presente. Serve, então, como discurso de fundamentação e justificação<sup>3</sup>. Mas veremos que a formação do precedente no modelo brasileiro precisa observar condições diferentes do modelo americano ou inglês.

Existe, portanto, uma diferença entre dizer que a aplicação de um precedente pode fundar outra decisão, apontando para uma correta avaliação do direito positivo, e dizer que um precedente foi aplicado sem base na lei e vincula o julgador, pela força da antiguidade.

Pensamos que o CPC de 2015 não levou o Brasil a migrar para o sistema do *common law*. Em menor grau, estatuiu um sistema de precedentes qualificados, onde determinadas decisões exaradas pelo Poder Judiciário, terão caráter vinculante.

Levando-se em conta o perfil do judiciário brasileiro, os órgãos ordinários devem cuidar da solução de controvérsias, enquanto aos Tribunais Superiores fica subordinada a uniformidade do sistema<sup>4</sup>.

Aos órgãos iniciais do Judiciário, caberia a prestação jurisdicional de forma ágil, onde são consideradas as questões de fato e de direito que integram os casos concretos submetidos ao Judiciário.

Para os órgãos superiores, a função assume outro viés. Mais precisamente, esta fase é mais voltada à aderência das decisões jurídicas à cultura social, ou seja, o foco é menor nas partes que compõem o litígio e maior na sociedade.

Estes Órgãos Superiores são os verdadeiros sentinelas da lei<sup>5</sup>, que a protegem contra o excesso de poder do juiz quando usurpa do legislativo a fixação para aquele caso e outros futuros do padrão de conduta a ser seguido.

Pensando nisso, no Capítulo 2 trataremos dos precedentes em espécie, destrinchando o rol disposto no art. 927 do Código de Processo Civil. No ordenamento jurídico brasileiro, não

---

<sup>3</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Editora Noeses, 2012. p. 190.

<sup>4</sup> MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 199, p. 83-99, set. 2011.

<sup>5</sup> CALAMANDREI, Piero. **La casacion civil**: bosquejo general del instituto. Buenos Aires: Editorial Bibliográfico Argentina, 1945, t. II, p. 63.

se tem a absorção do direito próprio do precedente, até porque o CPC não trata todos os pronunciamentos judiciais como precedentes, mas estabeleceu como precedentes qualificados somente algumas espécies.

Ao ter o legislador estabelecido como precedentes qualificados determinados pronunciamentos, ficou claro que estamos num sistema menos afetado pelas decisões das Cortes Supremas, e mais presente de algumas decisões vinculantes.

Tematizar os precedentes no direito brasileiro é indispensável, porque afigura-se inexorável a compreensão destes para que se entenda a Reclamação e seus contornos de forma crítica.

Compreender as cargas vinculantes dos precedentes instituídos pelo Código de Processo Civil é necessário para sabermos de que forma as decisões podem ser encaradas no futuro, tanto pelos juízos singulares quanto pelos Tribunais Superiores.

Mesmo levando-se em consideração as decisões da Corte Suprema em controle de constitucionalidade concentrado possuem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, não se assemelham ao sistema inglês ou americano, tocante à força e aplicação do precedente. Em outras palavras, precedente em nosso sistema não cria direito para si próprio, tampouco direito novo. Há que se distinguir a eficácia *erga omnes* dos efeitos vinculantes.

Também, para o que entendemos como necessário à evolução do sistema de precedentes brasileiro, é a adoção, em grau e aplicação, da teoria dos motivos determinantes, inclusive prevista no §4º do art. 988 do CPC<sup>6</sup>.

Especialmente ao efeito vinculante, a doutrina tem produzido vozes dissonantes à ideia de que a *ratio decidendi* possa vincular verticalmente o sistema, além do que critica o CPC por não ter explicitado o significado do termo vincular<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

[...]

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

Para tanto, necessário é cotejar os posicionamentos atuais e entender quais os fundamentos utilizados para rechaçar ou acolher a teoria dos motivos determinantes.

Não podemos fugir ao debate da (in)constitucionalidade do art. 927 do CPC, por ter criado decisões com cargas vinculantes. O tema ainda é objeto de polêmica, especialmente para os que advogam que decisões vinculantes devem ser obrigatoriamente previstas na Constituição Federal e não por lei infraconstitucional.

Para que seja possível superar o precedente qualificado na via da Reclamação, faz-se mister avaliar o sistema de padrões decisórios produzidos da análise dos precedentes frente a novos casos.

É que o sistema de precedentes qualificados produz decisões que não ficam restritas ao caso concreto, sendo estendida para outros casos que discutam o mesmo tema.

Permite-se ao juiz ou tribunal afastar a aplicação do precedente indicando sua revogação (*overruling*) ou suscitando distinção (*distinguishing*) – art. 927, §1º, c/c art. 489, §1º, VI, do CPC. Tanto o *overruling* (revogação) e o *distinguishing* (distinção), bem como outras modalidades de superação que serão trabalhadas na pesquisa<sup>8</sup>, necessitam de cotejo fático, mas especialmente jurídico-relevantes, para lograrem a superação.

Importante ter em mente que o precedente não pode servir de obstáculo para o desenvolvimento do direito. Embora não seja qualquer alteração da realidade que importe na sua superação, exigindo-se alteração da base jurídica, política social ou econômica, o excesso de rigidez na avaliação dos casos que se pretende desassemelhar comprometeria a sua eficácia<sup>9</sup>.

A superação do precedente qualificado somente pode ocorrer pelo tribunal que o pronunciou, embora a técnica da distinção seja possível de aplicação pelos juízes de piso –

---

<sup>7</sup> BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e. Transcendentalização dos precedentes no novo CPC: equívocos acerca do efeito vinculante. in: NUNES, Dierle, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>8</sup> V.g. *Overriding* (superação parcial); *anticipatory overruling* (indicação pelo Tribunal que o prececeram poderá ser superado); *technique of signaling* (indicação do tribunal que editou o precedente que irá superá-lo no futuro); *transformation* (rejeição do expressado no precedente sem sua revogação).

<sup>9</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de et al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 592.

*distinguishing* e *anticipatory overruling*. Obviamente, quem possui competência para estabelecer o precedente qualificado, é competente para deliberar sobre a superação.

No Capítulo 3 buscar-se-á demonstrar a possibilidade da superação do precedente qualificado pela via da Reclamação. O objetivo é testar a Reclamação como meio eficaz para a superação dos precedentes.

O art. 927 do CPC arrola as espécies de precedentes qualificados: decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, enunciados de súmulas vinculantes, acórdão em incidente de assunção de competência (IAC) ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de RE e REsp repetitivos, enunciados das súmulas dos tribunais superiores e orientação do plenário ou órgão especial.

Nesse contexto, a Lei 13.105/2015 quando se reporta à Reclamação (art. 988 do CPC) deixa transparecer a intenção de trazer novas funções ao instituto, que não somente aquelas de fazer valer as decisões no controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmulas vinculantes. Violado o texto constitucional, ou a interpretação dele, surgiria a possibilidade do manejo da Reclamação como ação autônoma.

Problema a ser observado, e neste estudo enfrentado, é se a Reclamação é meio adequado de oxigenação do precedente qualificado, buscando demonstrar que para o caso específico, o entendimento não se amolda ao precedente aplicado.

Reconhece-se que a utilização da Reclamação para fazer valer o precedente qualificado aos Tribunais Superiores é assunto que contém complexidades. Prova disso é que a Lei 13.105/2015 (que instituiu o novo CPC), no art. 988, IV<sup>10</sup>, tinha previsão expressa que autorizava a Reclamação para fazer valer autoridade de decisão em recurso extraordinário e especial repetitivos. A Lei 13.256/2016 alterou a redação, mas por interpretação a *contrariu sensu*, permite seu manejo desde que esgotadas as instâncias ordinárias<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou incidente de assunção de competência.

<sup>11</sup> XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com o Lei 13.256/2016)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 38.

Realizar uma pesquisa histórica sobre a Reclamação é importante para compreendermos sua atualidade. O ponto de partida é sua construção pretoriana, para somente mais tarde ser inserida na Constituição Federal e recentemente no Código de Processo Civil.

Até antes da entrada em vigor do novo CPC o entendimento é pela inadmissibilidade da Reclamação *per saltum*, sem que superadas as instâncias ordinárias<sup>12</sup>. Para que se considere o manejo da Reclamação é necessário o esgotamento das instâncias inferiores.

Neste ponto, considerou-se possível a Reclamação (maioria de votos até então) caso fosse constatado um erro grosseiro na aplicação da repercussão geral pelo Tribunal que implicasse usurpação de competência.

No entanto, ao afirmar no art. 988, §4º do CPC que a Reclamação será admitida nas hipóteses de “aplicação indevida de tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam”, sugere que esteja se abrindo a possibilidade de uma utilização mais ampla da Reclamação.

Ultrapassado o conteúdo até agora delimitado, será possível analisar a possibilidade do uso da Reclamação para a superação dos precedentes, como ela é entendida nas questões de controle concentrado e tribunais superiores.

O estudo, finalmente, pretenderá testar se a Reclamação é um meio eficaz para a superação de precedentes listados no art. 927 do CPC.

---

<sup>12</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 11.408/RS**, Rel. Ricardo Lewandowski. Julgamento ainda não concluído.

## 1 O REGIME DE PRECEDENTES NO BRASIL

Desde a edição da Emenda Constitucional n. 03/1993, que atribuiu efeito vinculante às decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade ficou evidente e foram crescendo as novidades legislativas que permitiam vincular juízes de casos seguintes às decisões das instâncias superiores<sup>13</sup>.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 ampliou os poderes do STF ao introduzir a súmula vinculante e a repercussão geral como requisito de admissão do recurso extraordinário. Igualmente, a Lei n. 11.417/2006 regulou as Súmulas Vinculantes, a Lei n. 11.418/2006 regulamentou a repercussão nas questões e a Lei n. 11.672/2008 disciplinou os recursos repetitivos<sup>14</sup>.

Aliás, os precedentes existem há bastante tempo no direito brasileiro, só não eram chamados assim<sup>15</sup>. Nos últimos anos foram consideravelmente ampliados esses mecanismos decisórios com a finalidade vinculativa. Bem compreendido, “as decisões resultantes desses vários mecanismos, com frequência, passaram a ser chamadas de ‘precedentes vinculantes’ ou obrigatórios”<sup>16</sup>.

A rigor, toda decisão de um tribunal tem força vinculante, como a reforma de uma decisão liminar por um agravo de instrumento, por exemplo. Mas não é isso que gera debates – ao menos este não é nosso foco de discussão.

Antes do CPC, todos os casos de decisão por força vinculante estavam na Constituição Federal, mas hoje temos um quadro de sensível ampliação.

Para avançarmos no estudo, é necessário explicar a escolha pelo termo “qualificado”, que inaugura e dá nome ao trabalho da dissertação, quando nos referimos aos precedentes com poder de vinculação.

---

<sup>13</sup> NEVES, Helena do Passo; MACEDO, Ricardo Fontes. Os precedentes na fundamentação das decisões judiciais. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 17, n. 02, 183-2014, abr./jun. 2018. p. 192.

<sup>14</sup> NEVES, op. cit., p. 192.

<sup>15</sup> Consideremos as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e seu efeito vinculante de acordo com a Constituição Federal.

<sup>16</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2.v. p. 712

Existem uns cem números de adjetivos conferidos aos comandos decisórios do art. 927 do CPC. A escolha “qualificado” se dá por ter sido adota pelo STJ no seu regimento interno<sup>17</sup>.

Precedentes obrigatórios, precedentes vinculantes, provimentos com carga vinculante, mecanismos normativos de enfrentamento da litigiosidade repetitiva<sup>18</sup>, à brasileira e outros termos corriqueiramente utilizados, aqui serão tratados como sinônimos. O que importa não é a depuração semântica do termo, mas desvendar a função que os “precedentes qualificados” tem no ordenamento jurídico brasileiro e, obviamente, como se propõe a pesquisa, testar a Reclamação como instrumento capaz de superá-los.

Atualmente, pode-se dizer que o Código de Processo Civil erigiu os precedentes à condição de destaque. Ao atribuir efeitos vinculantes obrigatórios aos julgados proferidos pelo STF e STJ, os recursos extraordinários e especial repetitivo, acórdão dos tribunais, incidentes de demandas repetitivas e assunção de competência, alinhavaram, do iniciou ao fim do CPC, a possibilidade de decisão por precedentes.

É evidente que a opção do Código em dar destaque central aos precedentes, torna o assunto objeto de debates, na qual a academia é o principal foro de discussões. Decidir por precedentes, ou pelo menos por comandos decisórios vinculantes, de acordo com a retrospectiva acima apresentada, não traz exatamente uma novidade. Mas a introdução do art. 927 no CPC de 2015 impulsionou a produção de pesquisa, buscando comparar o modelo adotado pelo legislador brasileiro com o método decisão dos países que adotam o *common law*, especialmente a Inglaterra e os Estados Unidos.

### **1.1 Os modelos do Common Law e Civil Law: diferenças e convergências**

A adoção de procedentes qualificados com carga vinculante pelo Código de Processo Civil trouxe questionamentos, especialmente quanto ao método de aplicação.

Quando falamos em precedentes, irremediavelmente, nossos olhos se voltam ao *common law*. A formação acadêmica básica do direito ensina que existem no mundo dois grandes sistemas jurídicos: o *common law* e o *civil law*.

---

<sup>17</sup> Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.

<sup>18</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 892.

De forma perfunctória, aprendemos que o sistema do *common law* se baseia no confronto de casos, que existe baixa ou nenhuma produção legislativa e que o direito é fruto da produção dos juízes. Em sentido radicalmente contrário, somos levados a crer que no *civil law*, o direito se baseia exclusivamente na lei e que o juiz não está vinculado aos tribunais superiores – somente deve respeito à lei. A impressão do primeiro contato é que os sistemas se distanciam por suas características. Na prática, veremos também que os sistemas têm semelhanças.

O pensamento convencional entre os sistemas do *common law* e *civil law* para, na maioria das vezes, na legislação:

Segundo o entendimento convencional, o *common law*, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhe efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário. Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que associações e distinções entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes. (...) Já nos ordenamentos de origem românica, caberia à lei a função de protagonizar a manifestação do direito, incumbindo-se as decisões judiciais papel meramente acessório e mediato, como fonte explicitadora e declaradora do significado do ordenamento positivo. Assim, a determinação da solução aplicável a uma demanda específica dar-se-ia pelo mecanismo da subsunção das situações de fato na regra geral legislada, cujo significado seria revelado através da atividade interpretativa<sup>19</sup>.

Com o CPC/2015, essas verdades (ou meias verdades) vieram à tona. É como se, com a adoção de procedimentos vinculantes, o legislador tivesse alterado os parâmetros do direito brasileiro, abandonando a fonte primária do nosso sistema (a lei), para adotar um sistema que tem na aplicação de casos sua característica principal. Esta é a pergunta mais frequente: com a positivação de precedentes qualificados no CPC, nosso sistema migrou para o *common law*?

Neste capítulo buscaremos destacar as principais características do modelo do *common law* sem, contudo, a pretensão de produzirmos material afeto ao direito comparado. Evidente que, ao realizarmos conclusões sobre características do sistema anglo-saxão, inevitável será

---

<sup>19</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12.

fazer um contraponto com o sistema romano-germânico. Mas, repisamos, comparar os dois sistemas não é o objetivo principal.

Mais do que comparar, buscaremos compreender o sistema do *common law* para saber se ele pode ser encaixado ao nosso modelo jurídico ou mesmo se o substituiu no trato com precedentes.

Realmente, os modelos jurídicos mais difundidos no plano ocidental dividem-se em *civil law*<sup>20</sup>, derivado da tradição romano-germânica, e o *common law*, conseqüente do direito anglo-saxão<sup>21</sup>.

Os modelos apontados surgiram em situações políticas e culturais bastantes distintas, que deram origem a tradições jurídicas também diferentes, particulares de cada sistema. É que a importante distinção entre o *civil law* e o *common law* não está exatamente na forma em que os tribunais tratam a legislação, mas no que a história determinou que eles fizessem<sup>22</sup>.

Mas a simples ideia da codificação não explica suficientemente a distinção entre as famílias do *common law* e *civil law*. A legislação é um traço comum nos dois sistemas. O que os distingue é o significado que se atribuem aos códigos. No *common law*, os Códigos não têm a intenção de fechar o espaço interpretativo do juiz, ao passo que na *civil law* a legislação tem característica de completude<sup>23</sup>.

Decidir por precedentes tem histórico ainda medieval. O direito, naquela época, não era um conjunto de normas como conhecemos hoje. Os julgamentos eram estabelecidos

---

<sup>20</sup> “[...] o termo *Civil Law* refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por, praticamente, todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles – como os países da América Latina. O que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. É claro que cada qual recebeu grande influência também do direito local, mas é sabido que, em grande parte desses países, principalmente os que são ex-colônias, o direito local cedeu passagem, quase que integralmente, aos princípios do Direito Romano. E, por isso, a expressão *Civil Law*, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas jurídicos da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico”. VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 270.

<sup>21</sup> “O uso da palavra anglo-saxônica, para designar o direito ou os ingleses e americanos de hoje, é justamente considerado como absurdo fora do continente europeu”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 23-24 e 356.

<sup>22</sup> “The important distinction between the *civil law* and the *common law* judicial processes does not lie in what courts in fact do, but in what the dominant folklore tells them they do”. MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition**. Stanford: Stanford University Press, 2007. p. 47.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 48.

principalmente nos fatos e havia uma tentativa de manter decisões seguintes se sustentadas em fatos semelhantes. Bracton, autor do primeiro tratado sobre o direito inglês medieval, referiu-se a mais de quinhentos casos, fazendo a ressalva de que, o uso das decisões judiciais de seus antepassados não era exatamente o mesmo que a sofisticada doutrina aplica atualmente. Mas é bem perceptível que na Idade Média, os tribunais foram guiados por tradições e costumes construídos no tratamento de caso após caso<sup>24</sup>.

Ambos sistemas foram desenvolvidos concomitantemente no mesmo continente e na época feudal, portanto, suas semelhanças também existem<sup>25</sup>. Os sistemas receberam a influência da Igreja, que também era instância de decisão de conflitos, aplicando o direito canônico aos clérigos, nobreza e comuns, como também influência comum foi a *law of merchants*, difundida pelos comerciantes que aplicavam os mesmos códigos de conduta para a localidade onde fossem estabelecer comércio<sup>26</sup>.

Não obstante, os dois sistemas tomaram caminhos evolutivos diferentes e hoje firmam-se em bases legais também diversas. O *Corpus Iuris Civilis* é marca mais distinta entre o *civil law* e *common law*. Enquanto os países tributários do direito romano-germânico abraçavam o *Corpus Iuris Civilis* e por meio da codificação firmaram a evolução do seu

---

<sup>24</sup> “Judicial precedent were know in the Middle Ages, the author of the most authoritative treatise on medieval English law, referred to more than five hundred cases in his *De legibus et consuetudinibus Anglie*, but his use of the judicial decisions of his predecessors was not the same as the sophisticated twentieth-century doctrine of *stare decisis*, requiring a hierarchy of courts, certain conventions in the reporting of cases, and the printed publication of reports. (...) In the twelfth and thirteenth centuries, the judges of English royal courts commanded respect as legal experts exercising the king’s right and duty to administer justice in all cases. And, Bracton, the best known of these judges, was capable of formulating a doctrine of precedents in a treatise containing references to some five hundred cases in the plea rolls of royal courts. Bracton laid down the principle that ‘if any new and unwonted circumstances (...) In the twentieth century the authority of the case decided in a higher court has a binding authority on a lower court (...) In The Middle Ages the courts were unquestionably guided by traditions and customs built up in the handling of case after case’”. HOGUE, Arthur R. **Origins of the common law**. Liberty Fund, 2010. p. 185-202.

<sup>25</sup> “(...) When we note the wide scope of each one of these legal system and their wide influence on the daily life of the people, we can better understand the similarities of the Common Law and the Civil Law. Feudalism was at one and, the same time a system of government and do of law, a system of society and a system of land tenure at a time when land was the chief kind of wealth. Not only have we derived much of our land law from feudalism, but it long dominated social and Family relations and still does to a considerable degree in England”. VANDERBILT, Arthur T. **The Reconciliation of Civil Law and the Common Law, in The Code Napoleon and The Common Law Word**. New Jersey: The Law Book Exchange Ltd, 1998. p. 391.

<sup>26</sup> VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 216.

direito, no direito anglo-saxão houve um distanciamento e preferiu-se dar mais realce à prática jurídica cotidiana<sup>27</sup>.

Diferente do que ocorreu na França, a Revolução Inglesa de 1688 não se caracterizou por submeter o juiz aos ditames da lei e tampouco não desejou romper com o direito existente. No caso inglês, a revolução buscou submeter o rei a uma legislação que ele até então não respeitava<sup>28</sup>.

Gustavo Zagrebelsky bem descreve o momento vivido pela Revolução Francesa e Inglesa. Na primeira buscou-se romper com o sistema posto, firmando o parlamento como único ente soberano, enquanto que na segunda, embora houvesse uma luta contra o absolutismo, a intenção era frear o arbítrio real e os privilégios da coroa<sup>29</sup>.

Na França, a revolução entendia que a lei era imprescindível, embora os juizes não mereciam credibilidade para aplicá-la. A ideia da supremacia do parlamento foi vincular o juiz à lei, impedindo que ele a interpretasse. Qualquer pronunciamento afastado da letra da lei poderia frustrar os objetivos do novo regime. Na Inglaterra, ao contrário, a lei não objetivava expressar um direito novo, mas representava um mero elemento introduzido em um direito ancestral. O juiz tinha função assemelhada ao legislador e com ele lutava contra o absolutismo do rei, por isso não houve a necessidade de reduzir a atividade do juiz inglês ao simples texto legal<sup>30</sup>.

A Revolução Francesa ocorreu contra uma classe aristocrática, formada por juizes com conduta espúria e voltada a interesses pessoais. Lembremos que Montesquieu, cujas ideias inflamaram a revolução, ao elaborar a tese de que não poderia haver liberdade caso o “poder de julgar” não estivesse separado dos poderes Legislativo e Executivo, partiu da sua própria

---

<sup>27</sup> “(...) although Roman Law was also an element common to *civil law* and *common law* system alike, the essential difference is that in the former system the *Corpus Iuris* came to be the organizing instrument of the law”. WATSON, Alan. **The making of civil law**. 1ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1981. p. 02.

<sup>28</sup> ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. **Los derechos en la Revolución inglesa, in Historia de los derechos fundamentales**. Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII, p. 787 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, n. 49, p. 11-58, 2009. p. 26.

<sup>29</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992. p. 36.

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba. n. 49, 2009. p. 27.

experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juízes da sua época. Montesquieu nasceu em Charles-Louis de Secondat, em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *Président à mortier* no *Parlement de Bordeaux*, como o nome “Montesquieu”. O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades da sua posição social, renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juízes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes. A lei até então produzida não poderia ser usada e os juízes não tinham mais isenção para julgar<sup>31</sup>.

Montesquieu era reticente à concessão de poderes aos magistrados. Segundo ele defendia:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor<sup>32</sup>.

A vedação à interpretação era bem clara na voz de Montesquieu:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor<sup>33</sup>.

Michael Stolleis, traz uma visão diferente sobre os escritos de Montesquieu e o juiz como boca da lei. Para o autor é necessário investigar mais a fundo o conceito enraizado de que a interpretação legal durante o século XVIII era limitada simplesmente à letra da lei. Admitir que não há espaço para interpretação é, para ele, de longe, um exagero<sup>34</sup>.

Para Stolleis, o soberano (Rei), reconhecendo-se incapaz de tomar todas as decisões sozinho, entregou a interpretação judicial como por meio de delegação. Os juízes tomavam decisões em seu nome, esta era sua condição de validade. E, sob o aspecto da sentença ser a lei do soberano, advinha seu caráter vinculante. No Absolutismo, o juiz era o órgão da

---

<sup>31</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, 2001. p. 269.

<sup>32</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de (Barão de Montesquieu). *Do espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 157.

<sup>33</sup> MONTESQUIEU, op. cit., p. 160.

<sup>34</sup> STOLLEIS, Michael. Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism. in: YASUTOMO, Morigiwa et al. *Interpretation of the law in the age of enlightenment: From the rule of the king to the rule of the law*. London: Springer, 2011. Prefácio.

vontade do soberano. Todas as interpretações feitas pelo juiz automaticamente incorporavam um ato de fazer justiça em nome do monarca. Mas o rei sempre estava no topo da pirâmide<sup>35</sup>.

É bem por isso que a expressão de Montesquieu do juiz boca da lei é mal entendida, porque lida de forma literal. Montesquieu está meramente descrevendo a relação jurídica entre o monarca e o Judiciário e, nesse aspecto, a metáfora é adequada, porque apenas denota a hierarquia da lei como decorrente do soberano<sup>36</sup>.

Para a segunda metade do século XVIII, a justiça foi apresentada como um dos principais argumentos contra o absolutismo. Durante este período, como já dissemos, a interpretação ficava a cargo do monarca. Ele poderia revogar um veredicto ou alterá-lo, poderia reorganizar o processo ou mesmo mudar a competência de julgamento para outro tribunal. Era autorizado ao monarca até mesmo determinar explicitamente a interpretação de uma lei<sup>37</sup>.

Durante o período do Iluminismo, as ideias da Revolução Francesa e a substituição do monarca pela lei abstrata foram ganhando corpo. A mudança histórica dizia sobre poder, fenômeno este que passava também pela independência dos juizes como um contraste direto ao poder dos monarcas, e a interpretação passava a ser vista sob uma nova perspectiva<sup>38</sup>.

O movimento constitucional que se espalhou por toda a Europa teve impacto diferente entre os países. Na França, por exemplo, o movimento foi a transição do absolutismo para a monarquia constitucional. O monarca foi gradativamente perdendo o monopólio do poder legislativo. A elaboração da legislação foi transferida do monarca para o Parlamento. A redação da legislação tornou-se objeto de interpretação judicial e novas leis foram criadas apenas pelo Parlamento. Isso levantou a questão de até onde os juizes poderiam estender sua licença interpretativa sem sair dos limites do texto<sup>39</sup>.

O ponto de vista do autor, antes de uma ruptura completa, mostra um deslocamento da autoridade legislativa, passando do soberano para o parlamento.

---

<sup>35</sup> STOLLEIS, op. cit., p. 04-06.

<sup>36</sup> STOLLEIS, op. cit., p. 06-07.

<sup>37</sup> STOLLEIS, op. cit., p. 09.

<sup>38</sup> STOLLEIS, op. cit., p. 10.

<sup>39</sup> STOLLEIS, op. cit., p. 10-14.

No *common law*, ao contrário, jamais se acreditou que a codificação do direito pudesse impedir, ou mesmo inibir, a função do juiz de interpretar a lei. A diferença dos sistemas não está nos códigos ou na produção legislativa. Mais marcante é compreender que no *common law*, a atividade interpretativa do juiz tem também a função de complementar a legislação, ou seja, não se pretende, com a codificação, abarcar todas as possibilidades fáticas<sup>40</sup>.

Na evolução histórica, a Revolução Francesa buscou um direito que fosse capaz de romper definitivamente com o passado, apresentando não só um novo direito, mas também uma nova autoridade. Ao contrário do direito inglês, essa nova ordem tinha que apontar caminhos claros e concretos, e sua legislação era parte disso. Era impossível confiar aos juízes a tarefa de criar o direito (como acontecia no modelo inglês), pela forte ligação que mantinham com os senhores feudais e a predisposição à centralização de poder. A escolha foi rejeitar o direito comum produzido até então e inaugurar uma nova ordem, subordinando o juiz ao Parlamento<sup>41</sup>.

Essa ideia fica bem clara quando buscamos a redação da Lei Revolucionária de 1790:

Título II, art. 10: Os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo.

Título II, art. 12: (os tribunais judiciários) reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei.

Título II, art. 12: as funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seus cargos, os juízes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> “If, however, one thinks of codification not as a form but as the expression of an ideology, and if one tries to understand that ideology and why it achieves expression in code form, then one can see how it makes sense to talk about codes in comparative law. It is true that California has a number of what are called codes, as do some other states in United States, and that the Uniform Commercial Code has been adopted in most American jurisdictions. However, although these look like the codes in *civil law* countries, the underlying ideology – the conception of what a code is and of the functions it should perform in the legal process – is not the same. There is an entirely different ideology of codification at work in the *civil law* world”. MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition**. Stanford: Stanford University Press, 2007. p. 27-28.

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, n. 49, p. 11-58, 2009. p. 31.

<sup>42</sup> Redação retirada da obra: CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 20, 2001. p. 272.

Para Montesquieu se os julgamentos “fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”<sup>43</sup>.

E a história distinta das revoluções explica a diferença na evolução de cada sistema. Como o *common law* não se baseava estritamente na lei, ela não servia de sustentação para a busca da segurança e estabilidade nas relações. O direito anglo-saxão então encontrou no respeito aos precedentes a base para sua estabilidade. Isso não quer dizer que a busca pela coerência e estabilidade não era um traço do *civil law*. Evidente que era. A diferença era de que para o sistema romano-germânico, essa estabilidade viria através da lei e sua obediência pelos juízes<sup>44</sup>.

O *common law* encontrou nos precedentes um ponto de apoio à segurança jurídica e à isonomia, sem que exista regra escrita sobre sua obrigatoriedade – o que seria um contrassenso<sup>45</sup>.

Para Georges Abboud:

(...) a forte influência da história na consolidação do *common law*, aliada à filosofia embasada no método de análise e síntese que exigia o exame casuístico para se alcançar as soluções legais, bem como a inexistência de um direito dogmatizado e científico ministrado em suas universidades, fez com que o *common law* se estruturasse com base na prática cotidiana do direito, e não a partir da doutrina ou da ciência do direito, como ocorreu com o *civil law*<sup>46</sup>.

Quanto as fontes do direito, há que se reconhecer que nos dois sistemas elas são basicamente as mesmas. O que diferencia é o grau de importância que elas possuem. Lei, jurisprudência<sup>47</sup>, costumes<sup>48</sup>, princípios, todas são fontes do direito no *civil law* e no *common*

<sup>43</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de (Barão de Montesquieu). **Do espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 158.

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, n. 49, p. 11-58, 2009. p. 35.

<sup>45</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

<sup>46</sup> ABOUD, op. cit., p. 951.

<sup>47</sup> Em nosso sistema “a jurisprudência consolidada torna-se fonte do direito, ao lado da norma, vivificando-a por sua adaptação às circunstâncias sociais do momento. E assim se justifica a sua função criadora. (...) O termo jurisprudência indica uma pluralidade de decisões (julgados) relativas a vários casos concretos, acerca de um determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 91 e 133.

<sup>48</sup> “Baseia-se, nesses termos, na crença e na tradição, sob a qual está o argumento de que algo deve ser feito, e deve sê-lo porque sempre o foi. A autoridade do costume repousa, pois, nessa força conferida ao tempo e ao uso

*law*. Mas na classificação em que elas são utilizadas nos sistemas – primárias e secundárias – é que exsurge a diferença.

No *civil law* a lei é fonte primária única do direito e todo o sistema se desenvolve por meio dela. A jurisprudência tem o papel de reafirmar e interpretar a legislação nos limites legais.

Para o *common law*, a lei também é fonte do direito, mas secundária. A produção legislativa passa a ser reconhecida após validada pelos tribunais. A jurisprudência é fonte primeira de direito.

O que diferencia o *common law* do *civil law* é, principalmente, que este tem na jurisprudência fonte primeira do direito<sup>49</sup>. Fazendo analogia com a biologia, o direito no *common law* nasce, cresce, desenvolve-se e morre na jurisprudência<sup>50</sup>.

O *common law* nasce das práticas sociais e dos costumes, sendo caracteristicamente empírica. O *common law* nasce dos casos, em uma gradativa ampliação do direito pelos julgamentos proferidos. Cada julgamento proferido pelos tribunais expande os limites do *common law*.

No sistema do *common law*, o direito não é codificado, ao menos não totalmente codificado, e os conflitos são solucionados, não com base na lei, mas no precedente, que é lei de qualquer modo, visto que o precedente cumpre esta função no sistema anglo-saxão<sup>51</sup>.

A codificação também é um marco de distinção entre os sistemas – não da forma que justifique uma separação radical. Enquanto no *civil law* a codificação é algo natural e tem o

---

contínuo como reveladores de normas, as normas consuetudinárias”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1993. p. 217.

<sup>49</sup> “(...) fica fácil entender como o direito evolui no sistema da *Common Law*. A princípio, o fato de que os mais antigos casos já relatados ainda estão vigentes hoje em dia dá a ideia de que o direito pregado pela *Common Law* é estático. Contudo, princípios estabelecidos de longa data geram talvez mais incerteza do que leis recém publicadas, mas não conhecidas pelo povo. Além disso, a descrição minuciosa dos fundamentos de uma sentença, aliada ao fato de que todos têm acesso a todas as minuciosidades dos casos relatados e de que, hoje em dia, praticamente todos os casos são relatados, trazem precisão à pesquisa e à ampliação de qualquer ramo do direito. É, até certo ponto, uma forma de ‘escrever equidade’. Pois, como lembra o Professor Richard Ward, nenhum código ou estatuto, por mais cuidado que tenha sido sua elaboração, poderia antecipar os problemas jurídicos que nessas variações de fato promovem”. VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 119.

<sup>50</sup> VIEIRA, op. cit., p. 135.

<sup>51</sup> PORTELA, João Filho de Almeida. **O precedente obrigatório e o dilema entre garantias constitucionais e a estandarização do direito**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 93.

objetivo de consolidar o máximo possível o conhecimento jurídico<sup>52</sup>, no *common law*, em que pese a codificação não ser estranha, elas aparecem mais em forma de compilações e estatutos (*Statute Law*) e cuidam de partes específicas do sistema.

A legislação tem a vantagem de garantir a certeza. As regras são estabelecidas por uma pessoa ou corpo de pessoas com autoridade. Se elas são proclamadas sob a forma de um código, a certeza está no seu auge, pois não só o cidadão pode saber o que é a lei, mas, devido à natureza abrangente do código, ele não tem motivos para se preocupar com todos os tipos de normas.

Mas, autores como Van Caenegem veem como uma desvantagem na codificação a sua falta de flexibilidade. As regras e os códigos são estabelecidos em textos precisos e permanecem até que nova legislação os altere. A nova legislação muitas vezes fica aquém da necessidade dos tempos e é muito difícil estabelecer novos códigos. Geralmente eles são adaptados, não substituídos<sup>53</sup>.

Da mesma forma, é destacada a deficiência do *common law*, na medida em que ele não possui uma estrutura conceitual adequada e é muito pouco dado à generalização<sup>54</sup>.

Isso também explica o caráter mais genérico das leis no *civil law*, em comparação com as do *common law*. Com a pretensão de abarcar o maior número de casos possíveis, a lei no *civil law* tem característica de generalidade, ao passo que pelo direito se basear em casos concretos, a lei no *common law* tende a ser mais específica e detalhada nas questões a que se propõem codificar.

---

<sup>52</sup> “Legislation has the advantage of biding certainty: the rules are laid down by a person or body in authority. If they are proclaimed in the forme, certainty is at its highest, for not only can the citizen know what the law is but, because of the comprehensive nature of the code, he has no reason to worry about all sorts of old and half forgotten (customary) rules that might suddenly appear from nowhere and spoil his legitimate expectations”. CAENEGEM, R. C. Van. **Judges, legislators, and professor: chapters in European legal history**. Cambridge University Press, 1992. p. 128.

<sup>53</sup> “The disadvantage of legislation is its lack of flexibility: the rules and the codes are laid down in precise texts, and stand until new legislation changes them. New legislation often lags behind the need of the times and new codes are very hard to establish; usually they are adapted, not replaced”. CAENEGEM, R. C. Van. **Judges, legislators, and professor: chapters in European legal history**. Cambridge University Press, 1992. p. 128.

<sup>54</sup> “One thing is in no doubt however: a weakness of case law is that it lacks a proper conceptual framework, and is very little given to generalization”. CAENEGEM, op. cit., p. 129.

No sistema do *civil law*, norma e realidade se encaixam, como numa norma previamente concebida. Tudo começa no papel, ao contrário do *common law*, em que os fatos são preponderantes. “São como vias contrárias que, contudo, tem o mesmo destino”<sup>55</sup>.

O *stare decisis* (*stare decisis et non quieta movere*) igualmente é traço que realça a diferença entre os sistemas. A aplicação de precedentes vinculantes, que surgem através da análise detalhada de casos e da *ratio decidendi*, são a pedra fundamental do *common law*<sup>56</sup>.

Por outro lado, no *civil law* a importância das Cortes Superiores sempre foi diminuída quando o assunto é seguir precedentes. O direito aplicado aos casos, muitas vezes, reflete a vontade da lei.

É o que destaca Ronaldo Cramer ao observar que “a rigor, os precedentes no *Civil Law* não são precedentes criadores, mas interpretativos, pois erigem a norma como fundamento em textos normativos”<sup>57</sup>.

Igualmente a modificação de entendimento das Cortes é mais comum no *civil law*, pela generalidade dos dispositivos legais e a possibilidade mais evidente de sua interpretação. No *common law*, pela concretude que o sistema apresenta e pelos princípios muitas vezes enraizados nos precedentes, sua alteração é mais trabalhosa<sup>58</sup>.

O que pode ser visto como diferença, a exemplo da decisão por precedentes e análise de casos concretos (*common law*), é encarado por parte da doutrina como característica que aproxima os sistemas<sup>59</sup>.

Ao longo das últimas décadas, vem se observando uma aproximação cada vez maior entre os sistemas do *civil law* e *common law*. São cada vez mais comuns a positivação de

---

<sup>55</sup> BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 57.

<sup>56</sup> Trabalharemos detalhadamente sobre o *stare decisis* e a *ratio decidendi* logo mais a diante.

<sup>57</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais. Teoria e Dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 95.

<sup>58</sup> “The overruling of a case in a *common law* country is deemed to constitute a change in the law; but in a *civil law* country a revirement de la jurisprudence is not deemed to constitute, theoretically at least, such a change, for the law consists only of the written provisions to which reference is made in the opinion”. SERENI, Ângelo Piero. **The Code Napoleon and the Common Law World**. New Jersey: The Law Book Exchange, 1998. p. 69.

<sup>59</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 63.

textos legais no direito anglo-saxão, ao passo que se observa um crescente papel da jurisprudência no sistema romano-germânico<sup>60</sup>.

Mauro Cappelletti há décadas anunciava que não tem sabor de novidade a convergência entre os sistemas do *common law* e *civil law*<sup>61</sup>. Deriva daí o fenômeno da decodificação do *civil law* e crescente papel do sistema jurisprudencial, ao passo que no *common law* ganha espaço o direito positivado (CPC na Inglaterra e EUA)<sup>62</sup>.

René David também evidencia uma aproximação entre os sistemas:

A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentando e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como é nos países da família romano-germânica<sup>63</sup>.

De fato, nosso sistema criou um modelo único de se trabalhar com precedentes. O CPC/2015 entendeu por dispor uma a uma as decisões que serão dotadas de efeito vinculantes e guiarão as futuras tomadas de decisões. Os precedentes assim o são porque a lei os elevou a esta condição. Não é propriamente no confronto de caso, no reconhecimento e na incolumidade da decisão passada em confrontos com casos futuros que faz com que tenhamos no Brasil um precedente com a marca do *common law*.

Para que uma decisão seja reconhecida como precedente no Brasil, basta, a princípio, que ele encontre abrigo nas hipóteses do art. 927 do CPC<sup>64</sup>. Erigida à condição de precedente, sua aplicação futura obedecerá a similaridade de casos, especialmente os motivos determinantes (*ratio decidendi*) para determinar sua vinculatividade.

---

<sup>60</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2.v. p. 712/713.

<sup>61</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, passim.

<sup>62</sup> “O mundo tornou-se um só. Não é mais possível isolarmo-nos dos homens que vivem em outros Estados e em outras partes do globo. Suas maneiras de ver e de agir, sua opulência ou miséria, condicionam nosso destino. O mundo atual impõe, tanto aos políticos quanto aos economistas e aos juristas, uma nova visão dos problemas que lhe dizem respeito”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, prefácio.

<sup>63</sup> DAVID, op. cit., p. 26.

<sup>64</sup> 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.

O Brasil não migrou para o sistema do *common law*, tampouco adotou um regime de precedentes vinculantes com a edição do NCPC, mas criou um sistema de formação e aplicação de precedentes qualificados, especialmente os proferidos pelo Judiciário em determinadas espécies de decisão judicial – art. 927 do CPC.

Tanto é verdade que o artigo 927 do CPC não estatuiu ser qualquer decisão das Cortes Superiores um precedente, mas elegeu algumas espécies que são controláveis com base no direito positivo<sup>65</sup>.

O que se espera é uma formação na cultura brasileira de precedentes. Não igual ao sistema americano ou inglês, obviamente, mas a construção de um regime jurídico, com as particularidades nacionais, voltado ao respeito aos precedentes<sup>66</sup>.

Nada impede, sendo até recomendável, utilizarmos o rico material do *common law* para a identificação dos motivos determinantes dos nossos precedentes, bem como para situações de sua superação ou não aplicação.

### 1.1.1 O papel do juiz nos sistemas do *common law* e *civil law*

Assunto que inevitavelmente se desdobra quando tratamos de *civil law* e *common law* é o papel dos juízes nos sistemas.

Existe quase um consenso no sistema do *civil law* que a interpretação é natural e indissociável da função de decidir. Embora o juiz esteja vinculado à lei, fruto de criação do parlamento, há uma margem de interpretação para sua aplicação, naturalmente decorrente do caráter genérico da legislação. Mas ao juiz é desestimulado julgar contrário à lei (não desconhecemos as questões ligadas ao controle de constitucionalidade) ou mesmo criar legislação para o caso. A criação do direito é destinada ao Legislativo.

---

<sup>65</sup> “No direito brasileiro, diversos dispositivos vinham corroborando a construção de um sistema de precedentes vinculantes – aproximando-o ainda mais do *common law*. Para este efeito cita-se: o julgamento liminar pela improcedência em causas repetitivas (art. 285-A do CPC/73); a possibilidade de o relator negar seguimento ou dar provimento a recurso, quando o recurso for contrário ou conforme, respectivamente, a súmula ou jurisprudência dominante no tribunal superior (art. 557 do CPC); o incidente de uniformização de jurisprudência; a súmula vinculante (CF/88, art. 103-A); a reclamação contra decisão ou ato administrativo contrário a súmula vinculante; a eficácia vinculante das decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental”. MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 66.

<sup>66</sup> PEIXOTO, Ravi. O Sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). **Revista de Processo**. vol. 248, out/2015, p. 331-355.

Essa ideia geral, característica do *civil law*, é bem descrita por Vicente Rao:

A doutrina geralmente mais aceita por lógica, é a seguinte: dentro da ordem jurídica contemporânea, a lei surge como fonte direta e imediata do direito, seguindo-se-lhe, tão somente, com caráter mediato e direto, o costume, embora certas legislações também admitam como fonte os princípios gerais do direito. Além dessas, nenhuma outra fonte pode admitir-se, nem mesmo com caráter supletivo. A equidade se exclui, porque não é um direito e, sim, um atributo do direito. E também se exclui a jurisprudência, isto é, a *auctoritas rerum similiter judicatarum*, porque, por maior que seja a influência dos precedentes judiciais, jamais eles adquirem o valor de uma norma obrigatória e universal, podendo, quando muito, propiciar reformas ou inovações legislativas, com também pode fazer a ciência jurídica<sup>67</sup>.

Para Rao, mesmo quando a lei confere ao juiz a possibilidade de criar norma no caso concreto, esta não é revestida de força geral e obrigatória<sup>68</sup>.

MacCormick sempre foi incisivo ao afastar as dúvidas de que a legislação é processo de legítima criação de normas válidas de direito e que devem ser aplicadas pelos tribunais. Para o autor, é “(...) o crucial inter-relacionamento entre as instituições jurídicas e legislativa: esta última determinando o teor dos deveres da primeira, enquanto a primeira, ao exercer esse dever, não pode deixar de se descobrir definindo a faixa de competência da última”<sup>69</sup>.

MacCormick ainda acentua que os princípios naturalmente são vagos e com pouca definição. A função do legislativo é tornar a lei clara. Nesse ponto o legislativo é poder supremo. Mesmo quando costume e precedente cumprem papel de fonte do direito, fazem por delegação do legislativo<sup>70</sup>.

Segundo MacCormick:

(...) é bom que as decisões judiciais sejam previsíveis e contribuam para a certeza da lei, o que elas são e fazem quando aplicam normas conhecidas e identificadas de acordo com os critérios de reconhecimento geralmente compartilhados e compreendidos; é bom que os juizes ocupem o lugar que lhes é designado na ordem constitucional aplicando a lei estabelecida em vez de inventarem novas leis; é bom que o ato de legislar seja confiado a representantes eleitos pelo povo, em vez de ser usurpados por juizes não-

<sup>67</sup> RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 282-283.

<sup>68</sup> RAO, op. cit., p. 283.

<sup>69</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 73.

<sup>70</sup> MACCORMICK, op. cit., p. 76.

eleitos e não-removíveis; a ordem constitucional existente e aceita é um sistema justo e imparcial; e por isso os critérios de reconhecimento de leis que ela institui são critérios bons e justos que deveriam ser observados<sup>71</sup>.

Para o autor “os juízes devem de fato fazer justiça, ‘mas justiça de acordo com a lei’”. Ele é enfático ao afirmar que ao juiz não cabe “decidir como a lei deveria ser e então alterar a vigente. Essa função cabe ao Parlamento”<sup>72</sup>.

Com arrimo na decisão de Lord Reid, no caso *Myers vs. D.P.P.*, na Câmara dos Lordes inglesa, MacCormick entende que o alcance da lei só deve ser ampliado para o desenvolvimento e aplicação de princípios fundamentais. Limitações ou condições arbitrárias, não previstas na lei, são de exclusiva competência do Legislativo<sup>73</sup>.

Quando voltamos nossos olhos ao papel do juiz no *common law*, vemos que a influência judiciária na criação do direito assume papel mais relevante.

Tratamos no tópico que comparou os sistemas, que embora tenha havido ponto comum, o *common law* se desenvolveu de forma diferente, sem que houvesse uma ruptura no papel do legislativo e judiciário em encarar o direito. O juiz no sistema anglo-saxão era mais visto como parceiro do legislativo e menos como corruptor. Sua função era a de criar o direito, baseando-se na concretude dos casos e no repertório jurisprudencial produzido.

Mario Losano entende que “como o precedente jurisprudencial é a principal fonte do *Common Law*, os juízes sempre interpretam de modo restritivo a legislação (*Statute Law*), limitando ao máximo a incidência desta no *Common Law*”. E acrescenta que “(...) o direito britânico era e continua sendo feito essencialmente por juízes”<sup>74</sup>.

A afirmação feita por Losano nos remete ao antigo debate sobre o papel do juiz no regime do *common law*.

---

<sup>71</sup> MACCORMICK, op. cit., p. 80.

<sup>72</sup> MACCORMICK, op. cit., p. 216.

<sup>73</sup> MACCORMICK, op. cit., p. 215-216.

<sup>74</sup> LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos- introdução aos sistemas europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 334.

Discutiu-se muito no *common law* o significado da decisão judicial. Havia os que defendiam que a decisão judicial criava o direito, ao passo que a outra teoria entendia que o juiz apenas declarava o direito<sup>75</sup>.

Para os seguidores de Blackstone, existiria *lex non scripta* (o direito não escrito ou o *common law*) e a lei escrita (*statute law*). O *common law* espelharia os costumes gerais – embora é verdade que também previa costumes particulares, de determinadas partes do reino, mas de forma reduzida<sup>76</sup>.

A ideia é simples. Se o *common law* é reflexo dos costumes do *Englishmen*, o juiz não cria o direito, mas simplesmente o declara. Para a teoria declaratória, o juiz estaria limitado a declarar o direito contido no precedente. Não haveria autoridade para a criação de direito novo, mas, somente manter e declarar o direito já reconhecido e preexistente<sup>77</sup>.

Na bem colocada argumentação de Neil MacCormick, a lei comum é o costume do país do qual as decisões judiciais são declarações que podem ou não ser precisas. Eles são autoritários na medida em que o declaram, mas não mais adiante<sup>78</sup>.

Bentham<sup>79</sup> e Austin estavam na outra ponta e rechaçavam veementemente a teoria declaratória. Antes, os autores compreendiam que o *common law* somente existia por estar

---

<sup>75</sup> BLACKSTONE, William. **Commentaries on the law of England**. Chicago: The University of Chicago Press, 1979, 1.v. p. 69.

<sup>76</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 168.

<sup>77</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, n. 49, p. 11-58, 2009. p. 13.

<sup>78</sup> MACCORMICK, Neil. **Can stare decisis be abolished?** *Judicial Review*, 1966. p. 2014.

<sup>79</sup> “It is the Judges . . . that make the common law: – Do you know how they make it? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it ... What way then has any man of coming at this dog-law? Only by watching [Judges’] proceedings: by observing in what cases they have hanged a man, in what cases they have sent him to jail, in what cases they have seized his goods, and so forth”. BENTHAM, Jeremy. **Truth versus Ashhurst; or Law as it is, contrasted with what it is said to be**. London: Moses, 1823 *apud* DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008. p. 05.

estabelecido por juízes com *law making authority*.<sup>80</sup> Era uma teoria positivista, portanto, na qual o direito era produto da vontade dos juízes e não simplesmente declarado<sup>81</sup>.

A crítica dos autores era de que a teoria declaratória, por simplesmente declarar o direito contido no precedente, não se prestava a corrigir um precedente que fosse gerador de injustiça no caso concreto.

MacCormick entende que a teoria declaratória perdurou muitos anos no sistema inglês porque era conveniente aos juízes, que apoiados na declaração do direito, sentiam-se confortáveis com a ideia de não precisar criar direito ou mesmo revogar precedentes<sup>82</sup>.

Essa ideia também é rechaçada por Duxbury, ao entender que, se os juízes têm o dever de encontrar e declarar a lei, eles só podem ser obrigados a seguir a decisão de outro tribunal, na qual essa decisão é em si uma declaração correta da lei. Se o tribunal anterior cometer um erro, os juízes que decidirem o caso devem declarar a lei fazendo algo diferente do que seguir o precedente<sup>83</sup>.

Afirmar que o precedente representa apenas a evidência do direito implicaria em dizer que, ao passo que nenhum juiz estaria obrigado a segui-lo, também o precedente jamais poderia ser revogado<sup>84</sup>.

Mas o ponto determinante para entender as duas teorias, segundo constata Marinoni, não é saber se a decisão judicial cria ou declara direito. O que importa saber é “(...) o motivo pelo qual o *common law* admitiu, ao inverso do *civil law*, que o juiz pode criar direito”<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Assim também se posicionava Lord Radcliffe: “Quem poderá negar agora que, para o direito, as decisões judiciárias constituem uma contribuição criativa, e não meramente descritiva? Não há outra forma de fazer de modo diverso, e na medida em que raro é o caso de decisão que não pressupunha a escolha entre duas alternativas ao mesmo tempo admissíveis”. RADCLIFFE, Cyril (Viscount). **The Lawyer and His Times** (Opening Address at 150th Anniversary of the Harvard Law School, 1967). Not in Feather Beds. Some Collected Papers. London: Hamish Hamilton, 1968. p. 271.

<sup>81</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, n. 49, p. 11-58, 2009. p. 13.

<sup>82</sup> “Once these theories had become part of the intellectual bag-and-baggage of the law, it was clear that judges could no longer hide behind the declaratory theory if they wished to dissent from previous authorities. If they were to legislate they must legislate openly. But Austin’s invitation was not accepted. Whether or not in consequence of Bentham’s revilement of their legislation, the judges came to accept that to deviate from previous decisions was to legislate; and that they would not do” MACCORMICK, Neil. **Can stare decisis be abolished?** Judicial Review, 1966. p. 205.

<sup>83</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 39.

<sup>84</sup> MARINONI, op. cit., p. 14.

Para o autor:

Não importa se o juiz reconstrói o direito ou declara o equívoco da primeira declaração quando uma ou outra explicação serve para justificar a revogação do precedente. De qualquer forma, ao justificarem a revogação do precedente, ambas as teorias estavam cientes do dever judicial de respeito aos precedentes<sup>86</sup>.

“Se o precedente pode ser revogado, é evidente que o respeito aos precedentes depende da força das suas razões”<sup>87</sup>. Portanto, não é pela decisão ser vista como declaração e não direito que ela perderá sua autoridade ou não merecerá respeito. Tanto a teoria declaratória quanto a constitutiva se adaptam a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes.

Segundo Marinoni:

[...] se o respeito aos precedentes depende de estes serem concebidos como direito, nada impediria que uma decisão judicial, vista então como direito, afirmasse que os próprios juízes da Corte Superior estão, a partir de determinado instante, submetidos aos seus próprios precedentes, ou que o Legislativo editasse lei dizendo que as Cortes devem respeitar os seus precedentes e os das Cortes superiores. Em relação ao funcionamento e à eficiência do *stare decisis*, a diferença seria apenas formal. Num caso a obrigatoriedade adviria de um precedente; no outro, a obrigatoriedade decorreria da lei<sup>88</sup>.

Caenegem cita Lord Denning para provar o debate do juiz criador da lei: “A verdade é que a lei é incerta, ninguém pode dizer qual é a lei até que os tribunais decidam”. Os juízes criam lei todos os dias, embora seja quase heresia dizer isso<sup>89</sup>.

Os precedentes no *common law* funcionam como abertura do sistema, como início de debate e são criadores de complexidade. Por meio da análise e aplicação de casos concretos, pode haver a confirmação ou mesmo a expansão dos limites do caso já decidido.

---

<sup>85</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, n. 49, p. 11-58, 2009. p. 14.

<sup>86</sup> MARINONI, op. cit., p. 15.

<sup>87</sup> MARINONI, op. cit., p. 16.

<sup>88</sup> MARINONI, op. cit., p. 16.

<sup>89</sup> “The truth is that the law is uncertain . . . no one can tell what the law is until the courts decide it. The judges do every day make law, though it is almost heresy to say so”. CAENEGERM, R. C. Van. **Judges, legislators, and professor: chapters in European legal history**. Cambridge University Press, 1992. p. 129.

Não há constrangimento em admitir que o juiz no *common law* cria direito novo, esta foi e continua sendo sua função. Embora a produção legislativa tenha aumentado consideravelmente ao longo dos anos e no teste dos casos que este sistema apresenta sua evolução. Além do que, não se olvide, o precedente é admitido como fonte primária do direito.

Todavia, importante fazer um aparte, evidenciando que a criação do direito pelo juiz no *common law* não tem a mesma força e qualidade do direito criado pelo Legislativo<sup>90</sup>.

Compreender que o juiz no *common law*, mesmo numa retrospectiva histórica, estava livre para criar o direito, não reflete a realidade. Mesmo que as decisões judiciais eram usadas como base para posteriores promulgações legislativas, é preciso deixar claro que o juiz extraia direito e deveres a partir do *common law*, ou seja, sempre com base no direito<sup>91</sup>.

Especialmente hoje, no *common law*, existe uma alta produção legislativa. Quando um precedente interpreta a lei, a decisão não cria propriamente direito novo, antes declara o direito preexistente. Admitir que o precedente seja fonte primária do direito não redundaria na afirmação de que o juiz cria o direito, inovando na ordem jurídica<sup>92</sup>.

Com as devidas diferenças entre os sistemas, é perceptível que o juiz no *civil law* assume uma postura mais passiva perante a lei, embora não se negue sua atividade interpretadora, dentro de limites legais pré-estabelecidos. É preciso lembrar que a jurisprudência, no sentido genérico, englobando inclusive os precedentes, não é fonte imediata de produção do direito.

### 1.1.2 O *stare decisis* no *common law* e sua importância para a formação de um sistema de precedentes

O sistema do *common law* sobreviveu por muitos anos sem o *stare decisis*. A falta de mecanismos de vinculação no sistema anglo-saxão e um possível caminho de insegurança e instabilidade nas tomadas de decisões, abriu espaço para o desenvolvimento da ferramenta do *stare decisis*, hoje a pedra de toque do sistema do *common law*.

---

<sup>90</sup> Autores como Hart e Waldron são enfáticos em defender que a lei se sobrepõe e revoga o precedente. Isto ficará claro quando analisarmos as ideias dos autores no capítulo aplicação de precedentes, logo adiante.

<sup>91</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33-35.

<sup>92</sup> MARINONI, op. cit., p. 35.

A vinculatividade das decisões no direito inglês, obrigando a observância de casos já julgados para solucionar casos novos, tem como embrião as decisões da Câmara Exchequer (*Exchequer Chamber*), ainda no início do século XV. Esta câmara servia para a reunião de juízes com o objetivo de decidir casos de maior complexidade. Após tomada a decisão, que poderia ser por maioria de votos, esta era enviada a Corte de Justiça local, que pronunciava a decisão e não tinha direito de oposição<sup>93</sup>.

Em 1483, em uma das oportunidades que a *Exchequer Chamber* se reuniu, o Juiz-Chefe se manifestou em sentido contrário a uma decisão, mas afirmou que por ser minoria, era obrigado a seguir o posicionamento. Neste ponto, foi reconhecida a vinculatividade dos membros da câmara às suas próprias decisões<sup>94</sup>.

A partir dos séculos XVI e XVII a ideia de decisões vinculantes foram sendo desenvolvidas na Inglaterra. O sistema do *common law* se baseia na ideia de que os princípios jurídicos estabelecidos nas decisões devem permanecer vigentes e tidos como fontes primárias até que revogados por outro precedente ou pela lei<sup>95</sup>.

Durante os séculos XVI e XVII, foi estabelecido que as decisões da *Exchequer Chamber* tinham poder vinculantes, na medida que os princípios trabalhados nos seus precedentes deveriam servir de argumentos para resolver litígios semelhantes<sup>96</sup>.

“Onde as razões dos fatos são obscuras, basta que sejam seguidos os precedentes”<sup>97</sup>. Essa era a tônica que prevaleceu nos julgamentos da *Exchequer Chamber* nos séculos seguintes. O respeito aos precedentes era norma que imperava, mesmo sem que houvesse ainda o reconhecimento do *stare decisis*.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior faz uma boa retrospectiva histórica da evolução do efeito vinculante das decisões no *common law*. No século XIII era costume citar casos para resolver questões atuais (*case law*). Não era propriamente uma vinculação, era mais um costume de decidir, porque não havia instrumento que obrigasse a aplicação de um caso a

---

<sup>93</sup> VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 115.

<sup>94</sup> WARD, Richard. **Walker & Walker's English Legal System**. 8. ed. London: Butterworths, 1998. p. 162 e 262.

<sup>95</sup> VIEIRA, op. cit., p. 119.

<sup>96</sup> VIEIRA, op. cit., p. 116.

<sup>97</sup> BAKER, J. H. **An Introduction to English Legal History**. 3. ed. London: Butterworths, 1990. p. 225 *apud* VIEIRA, op. cit., p. 116.

outro. Nos séculos XVII e XVIII, a doutrina foi reconhecendo o poder vinculante das decisões. Nesse caminho, especialmente o aperfeiçoamento dos repertórios de casos (*law reports*<sup>98</sup>) e a determinação de hierarquia dos tribunais superiores culminaram por reforçar uma doutrina de respeito ao precedente, o que deu origem ao *stare decisis*<sup>99</sup>.

O *common law* não teve, portanto, início com a premissa de que seus precedentes seriam vinculantes. Esta característica apareceu implicitamente na medida em que o direito foi se desenvolvendo e marcando sua característica na adoção de casos como razão de decidir<sup>100</sup>. Os precedentes no *common law* passaram por um longo período de maturidade e confiança até sua força vinculante ser protegida pelo *stare decisis*<sup>101</sup>.

Somente a partir do século XIX é que a doutrina do *stare decisis* foi incorporada ao sistema do *common law*. “É amplamente conhecido que a doutrina inglesa do *stare decisis* enrijeceu-se no século XIX”<sup>102</sup> e que a *House of the Lords* estaria vinculada aos seus próprios precedentes.

Basicamente, a regra do *stare decisis* é que as instâncias inferiores do Judiciário devem respeito às decisões tomadas pela cúpula. Guardados os detalhes de competência e estrutura de cada sistema, o *stare decisis* vinculou-se primeiro de forma horizontal.

---

<sup>98</sup> “Published volumes containing the decisions and opinions of state and federal courts”. BLACK, Henry Campbell. **Black’s Law Dictionary**. 5. ed. St Paul Minn: West Publishing Co., 1979. p. 798.

<sup>99</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1993. p. 220.

<sup>100</sup> “The English doctrine of *stare decisis* did not begin to take shape until the eighteenth century. Why should *stare decisis* have come into being at this particular point in history? [...] The principal reason for the emergence of *stare decisis*, I shall argue, is the change in the structure of the trial during the sixteenth century: parties began to settle pleadings in advance of the hearing, thus leaving arguments concerning the sufficiency of those pleadings to be addressed post-verdict. A consequence of this development was that judges began more regularly to produce reasoned decisions rather than merely steer parties towards agreement on what should be pleaded. As judges began more regularly to produce reasoned decisions, case-law began increasingly to take the form of what we nowadays recognize to be judicial precedent. This process was aided, in due course, by the establishment of reliable, professionally-operated law reports, the development of shorthand and its utilization by reporters and, in the 1870s, the introduction of the hierarchical appellate court system. But these developments consolidated rather than produced the doctrine of *stare decisis*. The first and crucial stage in the development of *stare decisis* was that judgments came to be supported by reasons”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008. p. 25.

<sup>101</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 20-21.

<sup>102</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op. cit., p. 21.

Imaginemos uma escala de competência piramidal<sup>103</sup>, o topo dita as regras (no caso as decisões), que devem ser cumpridas até sua base.

Essa é a lógica do *stare decisis* no sistema do *common law*, as decisões das Cortes Superiores vinculam as inferiores. A vinculação vertical sempre esteve fortemente ligada a tradição do *common law*, pelo que, era extremamente raro que as Cortes Superiores reformassem seus precedentes. Isso tanto é verdade que somente em 1966, a Casa dos Lordes (*House of Lords*) entendeu não estar vinculada por seus próprios precedentes, podendo suas decisões serem superadas caso a Corte entendesse serem elas inaplicáveis ao caso concreto.

*Stare decisis*, na formulação de Maurício Ramires é “a regra segundo a qual as coisas devem ficar como foram decididas pelos juízes e pelas Cortes no passado”<sup>104</sup>.

Rupert Cross e J. W. Harris definem o *stare decisis* como: “the view is sometimes expressed that *stare decisis* always means no more than ‘keep to decisions’ in the narrow sense which has been examined”<sup>105</sup>.

Alf Ross faz um resumo sintético de como a doutrina reconhece o *stare decisis*:

- 1) Um tribunal é obrigado pelas decisões dos tribunais superiores e na Inglaterra a Câmara dos Lords e a Corte de Apelação estão obrigadas por suas próprias decisões.
- 2) Toda decisão relevante pronunciada por qualquer tribunal constitui forte argumento passível de pleitear respeitosa consideração.
- 3) Uma decisão somente é obrigatória com respeito a sua *ratio decidendi*.
- 4) Um precedente não perde vigência, embora os precedentes muito antigos não sejam em princípio, aplicáveis às circunstâncias modernas<sup>106</sup>.

O *stare decisis*, antes de implicar em uma aplicação mecânica de precedentes, funciona como princípio. Este princípio tem papel político e de valor social, na medida em que garante a estabilidade do direito. Embora o *stare decisis* promova políticas sociais valiosas, como a continuidade na lei e a estabilidade em expectativas razoáveis, deve ser

<sup>103</sup> CALAMANDREI, Piero. **La casacion civil: bosquejo general del instituto**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfico Argentina, 1945, t. II, p. 63.

<sup>104</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65.

<sup>105</sup> E adicionam: “According to the preliminary statement of the English doctrine of precedent in Chapter I, a court is bound to follow any case decided by a court above it, and appellate courts (other than the House of the Lords) are bound by their previous decisions”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 97-101.

<sup>106</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000. p. 112.

encarado como um princípio de política e não uma fórmula mecânica de adesão às decisões<sup>107</sup>.

O significado de *stare decisis* é realmente o de “concordar com ou aderir a casos já decididos”. A expressão é geralmente utilizada como sinônimo de precedente, mas a ele não se equivale. O *stare decisis* fornece uma regra de estabilidade para as decisões do tribunal e é especialmente direcionado para as cortes que proferem a decisão. Desta forma quando o tribunal estabelece uma regra de direito aplicável para casos futuros, havendo em casos análogos similaridade de fatos, a mesma decisão deve ser aplicada<sup>108</sup>.

A norma produzida pelo *stare decisis* leva o juiz a enfrentar os casos vindouros por analogia, adotando o princípio que casos semelhantes merecem decisões semelhantes (*treat like cases alike*)<sup>109</sup>.

O *stare decisis* provoca a vinculação vertical e horizontal<sup>110</sup> do sistema judiciário. É um pedido do órgão prolator da decisão para que a sua instância passe a observar o precedente como norma e também para que os juízes inferiores adotem a decisão em casos semelhantes.

Dentro desta característica de vinculação vertical e horizontal, em geral, os tribunais superiores às vezes consideram os precedentes dos tribunais inferiores persuasivos, mas não se consideram obrigados a segui-los da mesma maneira que os juízes dos tribunais de

---

<sup>107</sup> “As the U.S. Supreme Court has put in, although *stare decisis* promotes valuable social policies, such as continuity in law and stability in reasonable expectations, *stare decisis* is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the least decision. GARNER, Bryan A. **The Law of Judicial Precedent**. Estados Unidos: Thomson Reuters, 2016. p. 390.

<sup>108</sup> ZANETI JR, Hermes. **A valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 310-313.

<sup>109</sup> “The rules of *stare decisis* causes the judges to reason by analogy because the principle that like cases alike involves the analogical extension of the decision in an earlier case. Allowance must also be made for the converse principle that dissimilarity cases should be decided differently”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 26.

<sup>110</sup> “A doutrina fala aqui em uma distinção entre hierarquia institucional vertical e hierarquia institucional horizontal. A primeira consolida-se na aplicação dos precedentes das Cortes Supremas, não significando que um juiz de tribunal é mais importante que um juiz de piso, mas que as funções exercidas são distintas. A segunda, por outro lado, representa a vinculação da própria corte entre os juízes do passado (caso- precedente) e os juízes do presente (caso-atual), que devem seguir o princípio do *stare decisis*”. ZANETI JR, Hermes. **A valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 313-314.

primeira instância geralmente se sentem obrigados a seguir os precedentes do Tribunal Superior<sup>111</sup>.

É por isso que, do ponto de vista subjetivo, a vinculação do precedente tem uma natureza relativa, uma vez que depende, substancialmente, da relação entre o órgão que criou o precedente e o corpo que deve resolver o caso atual<sup>112</sup>.

Assim, foram lançadas as bases para o desenvolvimento da ideia do precedente vinculante (*rectius: stare decidis*), que representa, em linhas gerais, a possibilidade jurídica de que o juízo futuro declare-se vinculado a decisão anterior, em face da identidade de casos. De sorte que, ‘*Standing by decision* (firmar uma decisão)’, representa a tarefa de decidir uma questão de direito de modo uniforme em casos materialmente idênticos. Na proposta clássica, encerra a ideia: *stare decisis et non quieta movere*, ou, deixe-se a decisão firmada e não se altere as coisas que foram assim dispostas, ou, ainda, ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso<sup>113</sup>.

No sistema brasileiro, mesmo com a inclusão de decisões vinculantes no art. 927 do CPC, o que chamamos de precedentes qualificados, não há um instrumento idêntico ao *stare decisis* do *common law*.

Mas na prática, buscando comparar, quando se fala em *stare decisis* no sentido vertical, este é idêntico (senão muito semelhante) ao efeito vinculante que emana das decisões do plenário do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional; ao passo que a *stare decisis* no sentido horizontal corresponderia à nossa coisa julgada *erga omnes*<sup>114</sup>, que impede a rediscussão da matéria pelo STF.

---

<sup>111</sup> “Generally speaking, the higher courts may sometimes consider the precedents of lower courts persuasive, but they will not consider themselves constrained to follow them in the way that lower-court judges usually feel obliged to follow higher-court precedents”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008. p. 62.

<sup>112</sup> “Desde el punto de vista subjetivo, la vinculatoriedad del precedente presenta una naturaleza relativa, dado que depende, sustancialmente, de la relación existente entre el órgano que manó el precedente y el órgano que deba resolver el caso actual”. MUÑOZ, Martín Orozco. **La creación judicial del derecho y el precedente vinculante**. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011. p. 207.

<sup>113</sup> PORTO, Sergio Gilberto. **Sobre o common law, civil law e o precedente judicial**. in: MARINONI, Luiz Guilherme. Estudos de direito processual civil – homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 778.

<sup>114</sup> Aliás, tratando de efeito *erga omnes*, seu efeito vinculante é inclusive mais forte e mais evidente do que o *stare decisis*. Este ponto será objeto de análise no capítulo subsequente.

Para Marinoni, que desenvolveu a ideia do parágrafo anterior, a existência da *stare decisis* no sistema brasileiro é o reconhecimento da influência do sistema *common law*<sup>115</sup>.

Sem a intenção de acolher integralmente a ideia do autor – porque vimos em tópico passado que os sistemas do *civil law* e *common law* tem convergências e divergências –, mais importante é compreender, em nosso sentir, que o sistema de precedentes qualificados do CPC prescinde da *stare decisis* para existir.

O fato é que mesmo em jurisdições nas quais nenhuma doutrina estrita de *stare decisis* prevalece, e em sistemas que os tribunais inferiores não estão estritamente vinculados pela decisão de tribunais superiores, juízes, advogados e assessores jurídicos selecionam e distinguem precedentes<sup>116</sup>.

Isto porque, mesmo no *common law*, a *stare decisis* não foi condição *sine qua non* para o desenvolvimento do sistema de precedentes. Ao contrário, o sistema anglo-saxão conviveu séculos sem utilizar o instrumento que entendia ser obrigatório seguir precedentes. *Common law* não é *stare decisis*, os conceitos não podem ser confundidos.

Adotar integralmente o *stare decisis* ao sistema brasileiro não é passaporte para migrarmos em definitivo para um sistema baseado exclusivamente nos precedentes. Não se pode esquecer que o CPC não erigiu à condição de precedente todo e qualquer pronunciamento dos tribunais superiores, mas elevou a esta condição alguns pronunciamentos que, após emanados, tem carga vinculante.

Por outro lado, não se pode negar que os métodos de aplicação desses provimentos do art. 927 do CPC podem receber auxílio doutrinário e até mesmo a expertise do trato com precedente desenvolvido e bem consolidado no *common law*. Todavia, não vemos como essencial a adoção da doutrina do *stare decisis* para que se justifique a implementação de um sistema de precedentes no *civil law*, mormente no direito brasileiro.

---

<sup>115</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral do Recurso Extraordinário**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 29.

<sup>116</sup> “But even in jurisdictions in which no strict doctrine of *stare decisis* prevails, and in which lower courts are not strictly bound by the decision of higher courts, judges, advocates and legal advisers select and distinguish precedents (more particularly, and increasingly, in public law litigation)”. MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. in: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997. p. 503.

### 1.1.3 *Ratio decidendi* e *obiter dicta*: a dificuldade de extrair a razão das decisões

A concordância da doutrina nos assuntos envolvendo o *stare decisis* não é a mesma quando tratamos com a *ratio decidendi*. Num sistema que pretende tratar com decisões paradigmas, identificar a *ratio*, *holding* ou *core* da decisão é medida indispensável.

Neil Duxbury faz pertinentes questionamentos sobre as razões de uma decisão, porque para justificar um sistema de precedentes judiciais, a premissa é que eles fornecem razões para uma decisão. A pergunta a ser feita segundo o autor é: quais razões contam? Supondo que esta pergunta possa ser respondida, além disso, como as razões que contam têm autoridade? Por que os tomadores de decisões posteriores devem olhar para decisões passadas e concluir que elas não são apenas razões, mas razões que fazem sentido seguir? Ao determinar quais razões contam, falam de uma distinção entre a razão para decidir (*ratio decidendi*), e as observações tangenciais, ou *obiter dicta*<sup>117</sup>.

Isto porque nem todos os fundamentos utilizados na formulação de uma decisão são necessariamente relevantes para a conclusão. Mas, os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dicta*, não se separam visualmente na sentença ou no acórdão<sup>118</sup>. Antes, formam um emaranhado de argumentos para transformar a decisão. Saber o que realmente foi indispensável é tarefa do intérprete.

A diferença entre *obiter dictum* e *ratio decidendi* está justamente na separação da parte obrigatória de um precedente da parte não obrigatória<sup>119</sup>.

A capacidade de separar o *obiter dictum* e *ratio decidendi* é essencial para o *stare decisis*. E para separar esses dois elementos a fundamentação tem caráter essencial.

A doutrina de precedentes funda-se na seleção de casos similares para serem confrontados com casos futuros. No confronto de mérito dos casos, busca-se identificar a

---

<sup>117</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008. p. 26.

<sup>118</sup> “Speaking of the distinction is often much easier than making it: the reason for a decision and the tangential observations are often not easily extricated from one another, some cases appear not to yield a *ratio* and many yield more than one”. DUXBURY, op. cit., p. 26.

<sup>119</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 40-41.

regra jurídica contida no caso (*ratio decidendi*) anterior para encaixar ao caso que está sendo decidido<sup>120</sup>.

Segundo Maurício Ramires<sup>121</sup>, no trato com precedentes “o mero juízo de identificação entre casos, tida como semelhança entre fatos, não é suficiente para sustentar a aplicação de um precedente”, uma vez que não existe a separação entre questão de fato e questão de direito<sup>122</sup>.

E o autor continua seu argumento para desenvolver a melhor técnica para se identificar a *ratio decidendi* de modo que “é preciso ver o precedente como a aplicação feita por um julgador a uma situação concreta; o comando não pode ser entendido em sua literalidade, como se tivesse se deslocando da sua situação para a qual foi produzido, passando a existir e valer em uma abstração etérea”<sup>123</sup>.

A *ratio decidendi* é parcela obrigatória do precedente e também a única parte vinculante da decisão. Ela que transcenderá ao caso julgado e poderá ser aplicada aos casos vindouros.

Aliás, não se deve confundir precedentes com *ratio decidendi*. Pode haver ocasiões em que um precedente não traga nenhuma *ratio decidendi*, como também é possível que possua várias. Para a formação do precedente basta a decisão estável e publicada, mas para dizer que há *ratio decidendi*, é indispensável que haja a interpretação da decisão pelos juízes subsequentes<sup>124</sup>.

Compreender que a *ratio decidendi* é a parte vinculante da decisão é relativamente fácil. Difícil, e objeto de inúmeros estudos, é saber como fazer sua extração do texto.

---

<sup>120</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?** in: Precedentes (Coordenação Fredie Didier). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 177.

<sup>121</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 149.

<sup>122</sup> “(...) a distinção entre questão de fato e questão de direito não deve mais ser vista como a possibilidade de existirem de forma autônoma e totalmente independentes uma questão de fato ou uma questão de direito, porquanto elas coexistem de forma recíproca na solução de um caso concreto. Elas são cooriginárias”. ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 926-932.

<sup>123</sup> RAMIRES, op. cit., p. 149.

<sup>124</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes. in: **Precedentes** (Coordenação Fredie Didier). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 217.

É preciso dizer que nenhum dos esforços para destacar a *ratio decidendi* foi, até agora, inteiramente bem-sucedido, e não é, de forma alguma surpreendente, que alguns juristas tenham concluído que a tentativa de determinar um método certo de determinação da *ratio decidendi* de um caso, está fadada ao fracasso<sup>125</sup>. Aliás, Karl Llewellyn<sup>126</sup> aponta que existem pelo menos sessenta e quatro formas diferentes de identificar *ratio decidendi*.

É difícil apontar para uma única forma correta de identificar a *ratio decidendi*<sup>127</sup>. Preferimos neste tópico discorrer brevemente sobre os principais autores que abordam o tema. Trabalharemos as técnicas defendidas por Eugene Wambaugh, Herman Oliphant, Arthur Goodhart, Neil MacCormick e Cross & Harris. Ao final da digressão, imaginamos ser possível a opção, não pela escolha definitiva da melhor técnica, mas pela que entendemos ser eficiente no trato com precedentes no modelo brasileiro.

Wambaugh<sup>128</sup> entende que a *ratio decidendi* é uma regra geral, sem a qual não é possível chegar à decisão. Para identificar a *ratio*, primeiro deve ser formulada uma suposta proposição jurídica. Logo em seguida, deve-se inserir na proposição uma palavra que a reverta. Terceiro, deve-se questionar se caso o Tribunal tivesse concebido a nova decisão alcançada, e a considerado na tomada de decisão, o resultado teria sido o mesmo. Em caso positivo, a proposição original não pode ser *ratio decidendi*; caso negativo, a proposição de presta a *ratio decidendi*, que pode ser extraída do precedente<sup>129</sup>.

Já Oliphant<sup>130</sup> se mostra descrente na possibilidade de determinar a *ratio decidendi*. Como reconhecido realista, o autor entende que buscar a *ratio* é uma operação fadada ao insucesso, porque, para ele, a resposta do Tribunal se baseia mais no estímulo das partes e não reflete a reais razões da decisão. Entende ainda que as decisões dos Tribunais são proferidas com alto grau de generalidade, o que impede a identificação exata da *ratio*.

<sup>125</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008. p. 26.

<sup>126</sup> LLEWELLYN, Karl. **The common law tradition**. Boston: Little, Brown and Company, 1960. p. 77-89.

<sup>127</sup> “Multiple judgments and the discursive character of judicial reasoning in Anglo-American courts increase the difficulty of finding a common *ratio* as they do the problem of distinguishing the *ratio decidendi* from *obiter dicta*. From the positive standpoint, some appellate decisions may simply have no discernible *ratio decidendi*”. MARSHALL, Geoffrey. What is bidding in a precedent. in: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997. p. 515.

<sup>128</sup> WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases – A course of instruction in Reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests**. 2.ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894. p. 8.

<sup>129</sup> A mesma análise que corroboram os argumentos Wambaugh também é feita por: SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 126-127.

<sup>130</sup> OLIPHANT, Herman. **A return to stare decisis**. American Bar Association Journal, 1928, 14.v. p. 159-162.

Goodhart<sup>131</sup> entende que, para descobrir a *ratio decidendi*, deve-se determinar quais fatos foram sustentados como materiais, ou seja, quais fatos foram considerados como relevantes para a tomada de decisão. Considerando os fatos materiais que serão utilizados pelos juízes dos casos subsequentes, é possível separar o que foi utilizado para guiar a decisão, sendo esta, a *ratio decidendi*.

Cross e Harris<sup>132</sup> são mais diretos na identificação da *ratio*. Para eles, tudo o que foi considerado expressa ou implicitamente pelo julgador, e que influenciou na decisão, além do que a decisão deve ser compreendida frente ao direito jurisprudencial na sua integralidade, deve compor a *ratio*.

Para MacCormick *ratio decidendi* é uma norma “expressamente ou implicitamente dado pelo juiz, a qual é suficiente para decidir a questão de direito colocada sob análise pelos argumentos das partes em um caso, sendo um ponto em que um regramento era necessário para a sua justificativa (ou uma de suas justificativas possíveis) da decisão em questão”<sup>133</sup>.

Acompanhamos Duxbury, que entende como melhor método o de Goodhart, para o qual a *ratio* de um caso deve ser encontrada no raciocínio judicial<sup>134</sup>. Duxbury reconhece o método de Goodhart, principalmente no argumento que “do ponto de vista inglês, a razão mais importante para seguir o precedente é que nos dá certeza com base na lei”<sup>135</sup>.

Para Goodhart, a melhor técnica para se extrair a *ratio* é a realista. A *ratio decidendi* de um caso, se é possível ser tão efetivo, são quaisquer fatos que o juiz determinou serem os fatos relevantes do caso, mais a decisão do juiz com base nesses fatos<sup>136</sup>.

Precisamos ter em conta, que boa parte da teoria de identificação da *ratio decidendi*, tem origem no direito inglês, sensivelmente diferente do nosso sistema judicial. Imaginamos,

---

<sup>131</sup> GOODHART, Arthur L. **Essays in jurisprudence and the common law**. Cambridge University Press, 1931. p. 126.

<sup>132</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

<sup>133</sup> “A ruling expressly or implicitly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decision in the case”. MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. in: Laurence Goldstein (Org.). **Precedent in Law**, Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 170-171.

<sup>134</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008. p. 81.

<sup>135</sup> Na citação feita por Duxbury, op. cit., p. 80: “from the English standpoint, the most important reason for following precedent is that it gives us certainty in the law” *apud* A. L. Goodhart, ‘Precedent in English and Continental Law’ (1934).

<sup>136</sup> DUXBURY, op. cit., p. 83.

no entanto, que o método de Goodhart, por considerar os reais (e materiais) fundamentos do juiz na tomada de decisões, somando ao fato da sua preocupação com o respeito à lei, fonte primeira do nosso ordenamento jurídico, pode ser utilizado como paradigma para a aplicação dos precedentes brasileiros. Não podemos nos afastar da ideia de que os precedentes no CPC/2015 nascem da lei e tem nela dependência.

Mas, voltamos a admitir, tal qual exposto no início deste tópico, que não entendemos como possível, estabelecer um critério único e exclusivamente correto para identificar a *ratio decidendi*. Extrair a *ratio* depende de uma esmerada análise dos argumentos que a compõem. Deve-se atentar menos para as formas de como definira a *ratio decidendi* e buscar valorizar o papel dos julgadores subsequentes. A preocupação com critérios rígidos de definição da norma do precedente deve ser abrandada<sup>137</sup>.

*Ratio* é norma jurídica e sua identidade não se confunde com outras partes da decisão. Nos parece óbvio que o relatório, fundamentação e dispositivo não se confundem com a *ratio decidendi*, nem mesmo o precedente<sup>138</sup>. Conseguir separar a *ratio decidendi* da *obiter dicta* é tão complexo, quanto necessário.

Para Duxbury, uma das razões evidentes a qualquer profissional que opera com precedentes, é querer saber o que procurar ao ler casos. De acordo com essa perspectiva, distinguir *ratio decidendi* de *obiter dicta* é uma estratégia importante para gerenciar informações, mas para que a própria noção de precedente judicial como fonte de direito possa ser levada a sério<sup>139</sup>.

Ele adverte que se, dentro da tradição do *common law*, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* não fosse reconhecida, os juízes seriam capazes de criar uma quantidade mais ou menos ilimitada de leis novas e os tribunais seriam esmagados pelos

---

<sup>137</sup> “Com efeito, extrair a norma de um precedente judicial dependerá sempre do conjunto normativo como um todo, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas pelo novo caso. Não é possível, portanto, estabelecer um método de definição da *ratio decidendi* (norma do precedente) como superior ou correto a priori, sua compreensão deve ser guiada à luz das circunstâncias do caso concreto e pela dimensão argumentativa do Direito. O método de definição da *ratio* torna-se menos importante, crescendo em relevância o controle racional da decisão que interpreta o precedente e concretiza sua norma, em perfeito paralelo à problemática da definição da norma legal”. MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes. in: **Precedentes** (Coordenação Fredie Didier). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 227.

<sup>138</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes. in: **Precedentes** (Coordenação Fredie Didier). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 217.

<sup>138</sup> MACÊDO, op. cit., p. 224.

<sup>139</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008. p. 90.

precedentes. Seria como considerar que tudo dentro de uma decisão anterior, não apenas a decisão sobre fatos materialmente idênticos, seria potencialmente relevante para o caso em questão<sup>140</sup>.

*Obiter dicta*, lembrando que dele ainda não falamos diretamente, são “todos os demais fundamentos utilizados sem serem decisivos, argumentos laterais e de reforço (*en passant*), possíveis razões ancilares à tomada da mesma decisão, mas que não restaram compartilhados pelos julgadores como fundamento da decisão”<sup>141</sup>.

Pode-se definir, de uma forma mais simples, que o *obiter dicta* é um conceito definido por exclusão do que não seja a *ratio decidendi* ou *holding* da decisão<sup>142</sup>.

É exatamente neste sentido que se posiciona Geoffrey Marshall ao observar que “there is in one sense no problem in defining the character of *obiter dicta*, since they consist in all propositions of law contained in the decision that are not part of the *ratio*”<sup>143</sup>. Para o autor esta é a ideia inicial de como definir o *obiter dicta*, mas não é só.

Marshall não vê problema em fazer essa descrição simplificada para definir o *obiter dicta*. Mas para ele, a definição negativa do conceito mascara uma série de maneiras diferentes pelas quais o *dicta* pode se comportar em um caso particular. Para ele, uma opinião sobre uma questão de direito pode ser tanto irrelevante para a disposição de um caso ou para qualquer outra questão legal importante, quanto relevante para a disposição do caso, mas não necessário para a *holding*. Ainda, ser relevante para alguma questão colateral no caso em questão ou relevante para a disposição de outras questões importantes que possam surgir noutros casos. Assim, o conceito de *obiter dicta* também pode incluir observações sobre um ponto levantado, mas não decidido no caso, ou observações baseadas em fatos hipotéticos, observações sobre um ponto não levantado no presente caso, ou declarações gerais sobre lei ou prática, particularmente aquelas feitas sobre recurso<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> DUXBURY, op. cit., p. 90.

<sup>141</sup> OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de et. al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 590-591.

<sup>142</sup> OLIVEIRA JR., op. cit., p. 591.

<sup>143</sup> MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. in: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997. p. 515.

<sup>144</sup> MARSHALL, op. cit., p. 515.

Marshall inclusive vê valor persuasivo no *obiter dictum*. Segundo ele, dependendo da autoridade do tribunal, a *dicta* pode ser frequentemente tratada como autoridade em casos subsequentes por tribunais inferiores. Da mesma forma, observações feitas em sentenças dissidentes, que por definição não poderiam fazer parte da jurisdição judicial, podem, mais tarde, depois que a lei mudar, por subjugação posterior ou por legislação, passar a serem tratadas como importantes pronunciamentos sobre questões de direito<sup>145</sup>.

O pensamento de Marshall, de que o *obiter dictum* pode ser usado como precedente persuasivo, encontra voz na doutrina brasileira<sup>146</sup>, e nos parece coerente. A evolução do direito, e, como os precedentes não são diferentes, pode fazer com que um fundamento inexpressivo ou minoritário de agora seja considerado no futuro, não propriamente como *holding*, mas como forte argumento persuasivo para a tomada de decisões.

Pelos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum* estudados, percebemos não ser fácil a identificação, especialmente da *ratio*, nas decisões. E a identificação da *ratio* no sistema brasileiro nos parece ainda mais complexa pelo método de coleta de votos nos colegiados.

No modelo americano, por exemplo, os votos são publicados *per curiam*<sup>147</sup>, ou seja, da decisão tomada por um colegiado, é indicado um relator para redigir um único voto. Não há impedimento, no entanto, da publicação de um voto concorrente, mas o expediente é raríssimo. O mais comum, seja por unanimidade de votos ou parcial, é que o presidente designe um relator para acolher num único voto, as razões do debate. O tradicional procedimento na *Supreme Court* dos EUA, por exemplo, indica que o presidente da Corte

---

<sup>145</sup> MARSHALL, op. cit., p. 515-516.

<sup>146</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 177.

<sup>147</sup> “(...) são assim formatadas e publicadas como um texto redigido com apenas um relato do caso julgado, uma única fundamentação jurídica que delimite e condense as razões de decidir do tribunal, e uma parte dispositiva que apresente o resultado da deliberação e, portanto, a decisão do órgão colegiado. A redação desse texto único que representará o posicionamento do tribunal é normalmente encarregado a um dos membros ou próprio presidente do órgão, que nesse caso assume a responsabilidade de redigir a opinião do tribunal. A autoria da decisão, não obstante, será sempre o órgão colegiado integralmente considerado, e não do magistrado relator”. VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional – Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de doutorado. Universidade de Brasília em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015. p.109-110.

estando na maioria, indica a si ou outro magistrado integrante de maioria para redigir o voto; quando na minoria, a tarefa de escolha do relator fica a cargo do juiz mais antigo<sup>148</sup>.

No Brasil adotamos o modelo *seriatim*<sup>149</sup>, em que é permitido a cada componente da turma, câmara ou pleno fazerem manifestações apartadas. Adotando o exemplo do Supremo Tribunal Federal, o voto é apresentado pelo relator, mas são anexados os votos de todos os ministros que desejarem, acompanhando ou discordando do voto inaugural. No *seriatim* estamos diante de uma série de decisões individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são compostos em série em um texto composto (sistema brasileiro). Nesse caso há uma dificuldade enorme em se extrair a *ratio decidendi*.

Evidente que o expediente *seriatim* cria uma dificuldade enorme para a extração da *ratio decidendi*. Mesmo em casos em que a votação chega num desiderato comum e satisfatório, não raro os motivos utilizados por cada membro do colegiado são díspares<sup>150</sup>.

A dificuldade em determinar a *ratio decidendi* no método *seriatim* traz inconvenientes, especialmente no Brasil. Para muitos dos casos, a decisão ao invés de pacificar o tema debatido, abre ainda mais questionamentos sobre os motivos que a determinaram.

---

<sup>148</sup> Sobre esta regra não escrita sugerimos a leitura da excelente obra literária *Por Detrás da Suprema Corte*, na qual a disputa para a indicação de relatores para os votos acontece num dos períodos mais conturbados do judiciário americano. Na época foram julgados vários casos de desagregação escolar (desdobramentos do paradigmático *Brown vs Board of Education*), legalização do aborto, liberdade de expressão e o caso Watergate, que custou o mandato do então presidente Nixon. WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. **Por detrás da Suprema Corte**. São Paulo: Saraiva, 1985.

<sup>149</sup> “(...) o modelo de decisão *seriatim* se caracteriza pela produção de um agregado das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos ‘em série’ em um texto composto – aí está o significado do termo em latim *seriatim*. Nos tribunais que adotam esse modelo, a deliberação comumente não se desenvolve com o objetivo de produzir um texto final com uma única *ratio decidendi* que possa representar a posição institucional da Corte (unívoca e impessoal), mas como uma proclamação sucessiva das decisões individuais dos membros do tribunal, normalmente precedidas de um discurso que cada juiz tem o direito de realizar, seja através de um texto escrito por ele preparado previamente ou por meio da improvisação oral, para apresentar publicamente sua própria argumentação e seu julgamento individual do caso. O resultado da deliberação é apresentado em texto composto pelos diversos votos e suas respectivas *ratio decidendi*, tornando bastante complicada em algumas ocasiões a tarefa de definir com precisão o fundamento determinante da decisão do tribunal, a qual normalmente pode ser realizada pela extração do ‘mínimo comum’ entre os distintos argumentos individuais”. VALE, op. cit., p. 115.

<sup>150</sup> Georges Abboud cita o caso do REsp n. 422.788 do STJ, no qual se discutiu a regra da inversão do ônus da prova no Código de Processo Civil, se seria de julgamento ou de procedimento. Embora a conclusão tenha sido que a regra do CDC é de procedimento, da análise dos votos de cada Ministro que participaram do REsp e dos Embargos de Divergência decorrentes, pouca convergência se nota, mesmo nos votos que tiveram semelhante conclusão. ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 926-932.

O grande número de argumentos e a disparidade entre eles, aliado ao enorme volume das razões de cada voto, são um desafio constante para o intérprete. Retrato dessa dificuldade ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário n. 661.256/SC, que tratou do caso da desaposentação.

O STF reputou indevida a desaposentação, que consistia em pedido de novo benefício do aposentado, que continuava exercendo trabalho e contribuindo, para patamar maior do que o deferido anteriormente.

A tese fixada em repercussão geral foi a seguinte:

[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

A adoção do verbete visava abarcar todas os processos em situação semelhante, suspensos e aguardando a decisão definitiva. E isso tanto se fez verdade que o STJ, no Recurso Extraordinário 1.344.488<sup>151</sup>, recebido sob a égide dos recursos repetitivos, reviu seu antigo posicionamento, seguindo o decidido pela Suprema Corte.

A tese da maioria, publicada em conclusão do julgamento não retrata toda a matéria. E esta nem poderia ser a função da ementa. O fato é que muitas outras questões foram ventiladas pelos Ministros como razão de decidir, o que gera até hoje novas ações judiciais e debates nos tribunais.

A *ratio decidendi* no caso, é muito difícil de ser precisada. Foram discutidas nas razões, mas tiveram respostas inconclusivas, questões sobre renúncia, recálculo, tratamento diferentes para regimes próprios de aposentadoria, devolução de valores. Os votos em separado possuem tantas *dictas*, argumentos laterais e condicionantes para a conclusão final de cada Ministro, que geram dificuldade em compreender os motivos que determinaram a decisão final.

---

<sup>151</sup> A tese firmada pelo STJ no Tema 563/STJ deve ser alterada para os exatos termos do estipulado pela Corte Suprema sob o regime vinculativo da Repercussão Geral: "No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91". STJ, REsp 1.334.448/SC, rel. Min. Herman Benjamin, DJU 27.03.2019.

Um caso que extratifica perfeitamente a dificuldade em definir da *ratio decidendi*, foi o do RE 837.311/PI<sup>152</sup>, que tratou da possibilidade de nomeação de candidatos classificados fora das vagas previstas em edital, antes da convocação dos aprovados em concurso posterior.

A sessão de julgamento ocorreu em 14 de outubro de 2015<sup>153</sup> e o julgamento do RE tomou toda a pauta de julgamento, em período de quase quatro horas, em que os Ministros se sucederam em argumentos voltados à fixação da tese debatida.

Uma sessão não bastou, no entanto. Em 09 de dezembro de 2015<sup>154</sup> a proposta de tese foi novamente submetida ao plenário, desta vez sendo aprovado com o voto dissidente do Ministro Marco Aurélio.

Pensamos que, para uma evolução no sistema de precedentes no Brasil, e que seja possível aos intérpretes uma análise mais eficiente para identificar e trabalhar com a *ratio decidendi* dos casos, seja indispensável que se colham votos sobre cada fundamento.

Enfim, para uma produtiva constatação da *ratio decidendi*, pensando mais detidamente no sistema brasileiro, parece realmente mais aconselhável, além de verificar a tomada de votos sobre cada tópico em questão, que a matéria debatida tenha o real debate dos fatos materiais que repercutiram sobre a questão.

## 1.2 Conceito e formação do precedente

Concluimos, da discussão entre *civil law* e *common law* no título antecedente, que o Brasil não migrou para o sistema do *common law* por ter instituído um regime de aplicação de

---

<sup>152</sup> A tese fixada foi a seguinte: “A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima”.

<sup>153</sup> Mídia audiovisual da sessão de julgamento. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qtmPag-fBd4>>. Acesso em agos. 2019.

<sup>154</sup> Mídia audiovisual da sessão de julgamento. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=SqyrUsLs0TI&t=3519s>>. Acesso em agos. 2019.

precedentes vinculantes com a edição do Código de Processo Civil de 2015 – art. 927 do CPC.

O precedente no *common law*, via de regra, é formado historicamente e, ainda que dê início à cadeia argumentativa, opera como fechamento do sistema. Em nosso modelo, ainda que o precedente tenha papel de centralidade do CPC, não é fonte primária de direito, e, sempre tem como pano de fundo o direito positivo, pelo que, entendemos mais como diferente um precedente fundado em outra decisão, mas que interpreta o direito positivo – nosso caso –, do que um precedente sem base em lei que vincula o julgado posterior, modelo anglo-saxônico.

O precedente no sistema do *common law* nasce do *case law*<sup>155</sup>. Esta decisão e seus fundamentos devem ser considerados na análise dos casos futuros. Com seu teste frente aos novos casos concretos que serão analisados, a decisão passada ganha corpo e pode ser reconhecida como um precedente, passando a configurar um *leading case*<sup>156</sup>, norma para ser levada em consideração na solução de conflitos com a mesma característica fática.

Consideramos como correta a ideia de que havendo direito, os precedentes existirão. Decidir por precedentes ou, em menor grau, decidir pela jurisprudência, de alguma forma e em certa medida, é encontrada onde quer que haja lei. Em um sistema judicial, as regras de direito surgem, mais cedo ou mais tarde, da solução de problemas práticos. Essas generalizações contidas ou tomadas sobre decisões passadas, quando usadas como normativas para futuras disputas, criam um sistema legal.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> “Case law consists of the rules and principles stated and acted upon by judges in given decisions. In a system based on case-law, a judge in a subsequent case must have regards to these matters; they are not as in some other legal systems, merely material which he may take into consideration in coming to his decision”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 3.

<sup>156</sup> “Leading case. Among the various cases that are argued and determined in the courts, some, from their important character, have demanded more than usual attention from the judges, and from this circumstance are frequently looked upon as having settled or determined the law upon all points involved in such cases, and as guides for subsequent decisions, and from the importance they thus acquire are familiarly termed ‘leading case’”. BLACK, Henry Campbell. **Black’s Law Dictionary**. 5. ed. St Paul Minn: West Publishing, 1979. p. 800.

<sup>157</sup> “Case law in some form and to some extent is found wherever there is law. A mere series of decisions of individual cases does not of course in itself constitute a system of law. But in any judicial system rules of law arise sooner or later out of the solution of practical problems, whether or not such formulations are desired, intended or consciously recognized. These generalizations contained in, or built upon, past decisions, when taken as normative for future disputes, create a legal system”. LLEWELLYN, Karl N. **Case Law**. Encyclopedia of Social Sciences. New York: Macmillan Co., 1930, v. 3. p. 249.

Existindo precedentes, reconhecidos na interpretação da lei quando aplicada a casos concretos, a diferença na sua aplicação e importância fica a cargo da particularidade que cada sistema jurídico positivo determinar.

A ideia geral de precedente era de um evento passado que justifica uma tomada de decisão futura. Ou seja, precedentes são “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso”<sup>158</sup>.

Para Fredie Didier Jr, precedente é uma “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz posterior de casos análogos”<sup>159</sup>.

“Precedente é tanto o julgado que gerou norma a ser seguida quanto a própria norma que foi criada”<sup>160</sup>. Precedente é uma decisão que no futuro servirá de base para a tomada de decisão em outro caso concreto.

O precedente é fonte de direito, porque da sua decisão se extrai norma, ou a *ratio decidendi*<sup>161</sup>. “O precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”<sup>162</sup>.

Para Lucas Buril de Macêdo, “falar em precedente, portanto, é falar em decisão que pode produzir norma (*ratio decidendi*)”. Segundo o autor, a criação do precedente é efeito anexo à própria decisão e é fonte do direito<sup>163</sup>.

A noção que tínhamos até pouco tempo na nossa sistemática processual, era que precedente consubstanciava-se em um pronunciamento judicial proferido no passado e identificado em um momento posterior, como subsídios relevantes para a solução de casos

---

<sup>158</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 611.

<sup>159</sup> DIDIER Jr, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. v. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 383.

<sup>160</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais. Teoria e Dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 78.

<sup>161</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 97.

<sup>162</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 11-12.

<sup>163</sup> MACÊDO, op. cit., p. 99.

novos. No modelo brasileiro, contudo, os precedentes judiciais já nascem por força de lei e já com a finalidade de vincular<sup>164</sup>.

A despeito da particularidade da formação do precedente no CPC, que trataremos de forma particular em capítulo específico, o precedente na sua concepção tradicional seria o reconhecimento pelo juiz do caso concreto de julgado proferido no passado, que pelas características da decisão e pelos motivos que a determinaram, podem ser aplicadas como solução para o caso presente.

Diferente do direito anglo-saxão, onde o sistema de aplicação de precedentes, em regra, leva em consideração os costumes e a aplicação reiterada de decisões, no Brasil, antes de considerarmos a aplicação dos precedentes, é necessário verificar sua formação.

Isto porque o legislador deixou claro que nem toda decisão pode ser um precedente. Ao contrário, ao dispor de tipos decisórios no art. 927 do CPC, tem a inequívoca intenção de acolher somente alguns comandos decisórios vinculantes.

Em nosso sistema processual, uma decisão já nasce precedente e com a intenção de vincular. Não é do confronto de casos novos com passados, nem da prática judicial, tampouco do reconhecimento da decisão do juiz do caso seguinte que uma decisão é etiquetada como precedente. Antes ela é reconhecida pela lei.

A lei é a fonte primordial do nosso ordenamento jurídico. Mas sabemos não ser ela um fim e si mesmo, antes disso, é um ponto de partida para a interpretação coligada ao caso concreto.

Ao reconhecer que o precedente no direito brasileiro nasce de uma imposição legal – uma decisão só tem a condição de ser aplicada com força vinculante se estiver prevista no rol do art. 927 do CPC –, é a partir do seu reconhecimento pelo direito positivo que ele passará a ser aplicado no futuro. O precedente é devoto à lei na criação.

Nosso sistema de aplicação do direito encontra limites no direito positivo. O juiz interpreta o direito em relação ao caso concreto, mas tem como guia – alguns preferem dizer

---

<sup>164</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2.v. p. 711/712.

limite – a Constituição e a legislação infraconstitucional. Mas só ao legislativo cabe a edição de direito novo.

H. L. A. Hart dizia que “no sistema inglês, costume e precedente se subordinam a legislação, pois as normas consuetudinárias ou as do *common law* podem perder sua condição de direito por força de uma lei promulgada pelo parlamento”<sup>165</sup>.

Para Hart, onde quer que exista um poder legislativo competente, a norma de reconhecimento deste sistema tem critério supremo de validade<sup>166</sup>.

Hart faz distinção entre dois tipos de instrumentos de controle social que vinculam os indivíduos, limitando a prática ou a abstenção de determinadas ações: a legislação e os precedentes. A comunicação desses padrões de conduta se daria de forma máxima – pela lei –, e de forma mínima, pelo precedente. “Antes de ir à igreja, um pai diz ao filho: ‘Ao entrarem na igreja, todos os homens e meninos devem tirar o chapéu’. Outro pai, descobrindo a cabeça ao entrar na igreja, diz ‘Esta é a maneira certa de se comportar em ocasiões como esta’”<sup>167</sup> –, é o exemplo que o autor utiliza para distinguir o comando da lei e do precedente.

Hart então reconhece validade jurídica no precedente, mas chama atenção para especificidades. Em primeiro lugar, não existe um método único para determinar norma derivada de precedente. Por segundo, não se pode extrair de casos decididos, a formulação exclusivamente correta da norma. E terceiro, qualquer que seja a autoridade da norma que deriva de um precedente, ela deve ser compatível com as atividades criadora e legislativa.

Dito isso, para Hart “essas normas só podem, a partir de então, ser alteradas através de legislação nova, como declaram frequentemente os próprios tribunais em casos cujo ‘mérito’ parece apontar em sentido contrário às exigências dos precedentes estabelecidos”<sup>168</sup>.

Para Jeremy Waldron, mesmo nos casos em que não haja lei direta para embasar a decisão, o juiz deve se manter o mais próximo possível da legalidade. Perguntar que

---

<sup>165</sup> HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 130-131.

<sup>166</sup> “(...) onde quer que exista um poder legislativo não sujeito a limitações constitucionais e que seja competente para privar de juridicidade a todas as outras normas de direito que emanem de outras fontes, a norma de reconhecimento daquele sistema dita que a atuação desse poder constitui o critério supremo de validade”. HART, op. cit. p. 137.

<sup>167</sup> HART, op. cit., p. 162.

<sup>168</sup> HART, op. cit., p. 175.

responsabilidade a lei tem neste caso, mesmo que indireta ou implicitamente, deve guiar seu raciocínio. O juiz deve ficar em contato com a lei; não deve abandonar a lei pelo canto da sereia da moralidade. Deve fazer a pergunta Dworkiana: qual a melhor compreensão da lei implica para um caso como este, dado que a lei existente não determina o assunto direta ou explicitamente?<sup>169</sup>

Waldron não vê problema na crença de que há um elemento moral na busca do juiz do precedente (*precedent judge – JP*) pelo suporte da lei no caso à sua frente, e é provável que ele tenha que fazer julgamentos morais em sua própria voz. Mas, esses julgamentos morais estão emaranhados com os julgamentos legais<sup>170</sup>.

A postura que o juiz do precedente deve ter é de encarar o problema rente à legalidade e buscar uma solução legal, mesmo que ele saiba que a solução não deflui direta e explicitamente na lei.<sup>171</sup>

Assim como Waldron, que vê com ceticismo a supremacia das decisões judiciais sobre a atividade legislativa, Ingeborg Maus analisa que, quando a Justiça ascende à condição de mais alta instância da moral, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle. A condição de sensor ilimitado dos tribunais sobre o Legislativo, para a autora, supera suas competências constitucionais.<sup>172</sup>

Maus defende que a vinculação do Estado à legislação, ressaltando o papel do Legislativo na teoria da separação dos poderes, tem a inequívoca intenção de submeter os poderes à vontade do povo. Sob essa ótica, critica o fato de que as leis passaram a ser

---

<sup>169</sup> WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law. **Michigan Law Review**, v. 111:1, 2012. p. 15.

<sup>170</sup> Sobre o problema de princípios morais embasando precedentes: "I shall focus on those situations, however frequent or rare, in which a subsequent court believes that, though a previous case was decided incorrectly, it must, nevertheless, through operation of the practice of precedent following, decide the case confronting it in a manner that it otherwise believes is incorrect. In short, I shall be dealing with constraint by incorrectly decided precedents.... [W]hen I speak of precedents that are 'incorrect' in the eyes of the subsequent court, I am referring to cases of first impression, cases that were directly governed by principles of political morality... and in which those principles... were misapplied (in the view of the subsequent court)". ALEXANDER, Larry. Constrained by Precedent. **Southern California Law Review**. v. 63:1, 1989. p. 1-4.

<sup>171</sup> WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law. **Michigan Law Review**, v. 111:1, 2012, p. 16-17.

<sup>172</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da jurisprudência na "sociedade órfã". **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov 2000. p. 187.

reconhecidas como meras previsões e premissas da atividade decisória. A metodologia empregada pelos Tribunais para julgar, despreza o condicionamento legal-normativo<sup>173</sup>.

O precedente, na medida em que foi encartado no CPC e atendendo a legislação com fonte primária em nosso ordenamento jurídico, não está apto a criar direito por si só, antes, deve respeito e referência à lei. A criação de uma decisão como precedente e sua utilização para casos futuros, dependem da validade da legislação da qual a interpretação serviu como inspiração.

Com base neste argumento, podemos ir um pouco mais adiante. Revogada a lei que baseou o precedente, ou seja, não refletindo mais na decisão paradigma a interpretação legal que a sustentou, é inaplicável também o precedente. E é na cadeia de novas decisões que ao juiz será oportunizado superá-lo<sup>174</sup>.

Um bom exemplo disso é a substituição art. 557 do CPC/73<sup>175</sup> pelo art. 932 no CPC/15<sup>176</sup>, retomando e reforçando o princípio da colegialidade no julgamento dos tribunais.

No CPC/73, a tendência era cada vez mais a utilização de decisões monocráticas pelo relator e a subtração da participação dos órgãos colegiados<sup>177</sup>. Era inclusive permitido rejeitar

---

<sup>173</sup> MAUS, op. cit., p. 189-202.

<sup>174</sup> Falaremos sobre a superação do precedente (*overruling*) mais adiante, em capítulo próprio. “Sometimes precedents will be followed; sometimes not. No one really knows when or why. Sometimes cases will be distinguished and sometimes time-honored rules will be overturned; and then just as we are getting used to that sort of flexibility, an ancient precedent will rear up all of a sudden out of its tomb, “overturning the establishments of the intervening periods, like Justinian brought to life again at Amalfi” WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law. Michigan Law Review*, v. 111:1, 2012. p. 13.

<sup>175</sup> Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

<sup>176</sup> 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;

<sup>177</sup> Tal prática foi censurada por Luiz Rodrigues Wambier: “A questão, aqui qualificada de seriíssima - porque de certo modo rompe com a tradição dos julgamentos colegiados nos Tribunais, ainda que se trate de decisão recorrível -, mereceu tal qualificação em razão da pouca probabilidade de que se tenha conhecimento, com base em levantamentos estatísticos confiáveis, daquela que seja a jurisprudência dominante num determinado Tribunal. Aliás, o problema é ainda maior, porque essa expressão - “jurisprudência dominante” - é absolutamente fluida, indeterminada, sendo difícil para a parte recorrente quantificar a jurisprudência a ponto de saber, com

o recurso dito improcedente, entendido como o reclamo que não trouxe boas razões para a reforma da decisão<sup>178</sup>.

Não obstante o STJ<sup>179e180</sup> tenha se posicionamento no sentido de que as decisões colegiadas são regra, a questão foi objeto de Súmula pelo STJ pouco antes da entrada em vigor do CPC/2015, com a seguinte redação: “Súmula 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

Em nosso sentir, porque a súmula se embasava na lei, o entendimento sumular deve ter aplicação residual, ficando restrita aos recursos interpostos antes da vigência do CPC/2015. Fica inviável sua aplicação futura, pela ausência do substrato normativo para apoiar sua interpretação.

Em nosso sistema, portanto, os precedentes devem devoção à lei. E uma vez determinados, são passíveis de confronto e aplicação com novos casos concretos.

### 1.3 Aplicação de precedentes

A ideia de precedentes está umbilicalmente ligada à igualdade de tratamento na resposta judicial e, ao final, na segurança jurídica. O precedente seria, em linhas gerais, a utilização de uma razão de decidir, constante de uma decisão pretérita, como forma de subsidiar a tomada de decisão de uma decisão presente<sup>181</sup>.

---

desejável grau de probabilidade de acerto, se se trata ou não de "dominante"”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **RePro**. São Paulo, v. 100, out-dez 2000. p. 81-87.

<sup>178</sup> Para uma perfeita compreensão sobre a alteração legislativa ver OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. **A colegialidade nos tribunais e o novo CPC**. Disponível em <<https://jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/colegialidade-nos-tribunais-e-o-novo-cpc-27062016>>. Acesso em fev. 2019.

<sup>179</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Agravo Regimental em Agravo no Recurso Especial n. 811.486/MG**, DJe 01.06.2016.

<sup>180</sup> “(...) 4. As decisões judiciais nos Tribunais, como regra, deverão ser proferidas por seus órgãos colegiados. Os princípios da economia processual apontam as hipóteses em que os recursos podem receber decisões monocráticas do relator, que age como delegação do órgão colegiado. Por isso que é defeso ao relator suprimir da apreciação colegiada, por mais inadmissível que sejam as fundamentações do recurso interposto (...)”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial n. 1.084.437/RJ**. Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03.06.2009.

<sup>181</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Editora Noeses, 2012. p. 190.

Nesse sentido, “entender os precedentes requer uma explicação de como os eventos passados e ações presentes passam a ser vistos como conectados”<sup>182</sup>.

O Brasil, como já tivemos a oportunidade de discutir, está inserido no modelo do *civil law*, em que sua legislação é a fonte do direito. Neste modelo, o juiz assume uma postura passiva frente à legislação vigente.

Enquanto no *common law* “quem diz que uma decisão judicial é precedente é o juiz do caso seguinte”<sup>183</sup>, isto é, analisando o caso posto, o juiz deita os fatos e fundamentos sob o outro mais antigo e daí extrai os fundamentos da sua decisão; no *civil law* brasileiro, ainda que os precedentes tenham papel de destaque na aplicação do direito positivo, não foram erigidos como fonte primária do direito.

Tão grande quanto a profusão de leis publicadas no Brasil é a atividade judicial que as interpreta e as testa frente aos conflitos diários. Incontáveis sentenças e acórdãos são proferidos e publicados todos os dias, e a interpretação legal destoante para casos semelhantes é ponto que abala o funcionamento do nosso sistema judicial.

Não é admissível que casos iguais tenham decisões distintas. As contradições na interpretação da lei e, em consequência, nas decisões judiciais, além de malferir o princípio da igualdade, deixa evidente a necessidade de se buscar novos mecanismos para a correção do problema.

Para Neil MacCormick casos iguais merecem decisões semelhantes (*treat cases alike*), sendo este o caminho primeiro para a realização da justiça formal:

O tribunal que hoje decide um caso específico entre indivíduos deveria levar em conta seu dever, pelo menos seu dever inicial, de decidir o caso em termos compatíveis com decisões anteriores sobre as mesmas questões ou questões semelhantes. No mínimo, a justiça formal exige que exceto por

---

<sup>182</sup> No original: “A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action.... Understanding precedent therefore requires an explanation of how past events and present actions come to be seen as connected.... To follow a precedent is to draw an analogy between one instance and another; indeed, legal reasoning is often described – by common lawyers at least – as analogical or case-by-case reasoning”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008. p. 1.

<sup>183</sup> CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 437.

razões fortes, ele não decida o caso atual de uma forma diferente da adotada em suas decisões anteriores em casos semelhantes<sup>184</sup>.

A insegurança jurídica no país é, em última análise, uma crise de ineficácia do direito. Tribunais Superiores que não respeitam suas decisões desestimulam um sistema verticalizado de respeito a precedentes. Juiz independente é aquele que discorda do tribunal; essa foi uma realidade até pouco presente, que a sistemática dos precedentes vinculantes instituída no CPC/2015 tenta ajudar a desmistificar.<sup>185</sup>

Há a necessidade da implantação de um sistema com decisões coerentes e previsíveis. O livre<sup>186</sup> convencimento motivado parece ter afastado os julgadores da lógica do sistema, que deve ser antes de tudo isonômico.

Evidente que os magistrados não representam somente *la bouche de la loi* e não estão adstritos às palavras e expressões da lei, como queria Montesquieu. Todavia, com as recentes alterações de precedentes vinculantes empregadas pelo CPC/2015, tem havido críticas de que nosso sistema migrou do “boca da lei” para o juiz “boca dos tribunais”<sup>187</sup>.

Se por um lado é preciso assegurar a liberdade do magistrado para interpretar e aplicar as normas ao caso concreto, também é verdade que a jurisprudência lotérica<sup>188</sup> em nada contribui com o desejo de estabilidade e coerência, segurança jurídica e igualdade.

Dando eco às críticas contra a aplicação mecânica dos precedentes, entendemos ser inviável pretender a aplicação do precedente sem interpretação. Interpretar é necessário por

---

<sup>184</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 96.

<sup>185</sup> Recente pesquisa feita pela AMB intitulada “Quem Somos: A magistratura que queremos”, mostrou que entre os magistrados de 1º grau, quase 52% entendem que o juiz não deve se pautar por jurisprudências e que o sistema de súmulas e precedentes vinculantes afeta a independência do magistrado em sua interpretação das leis e em sua aplicação. Na magistratura federal o percentual cai para 34,5%, mas não deixa de ser expressivo. Por outro lado, 96,7% dos magistrados de primeira instância entendem que devem aplicar os princípios constitucionais para fundamentar decisões a respeito de temas sobre os quais não há legislação específica. Disponível em <[http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf)>. Acesso em fev. 2019.

<sup>186</sup> O art. 371 do CPC/2015 suprimiu a expressão “livre”, presente no art. 131 do CPC/73. Na comparação: “Art. 131: O juiz apreciará livremente a prova atendendo ao fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” e “Art. 371: O juiz apreciará a prova constante nos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

<sup>187</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.836.

<sup>188</sup> CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, vol. 786, abril de 2001.

ser exatamente nesse exercício que se encontrarão as similitudes dos casos, permitindo a aplicação do precedente. Ao contrário fosse, a superação do precedente seria inviável.

O juiz não é um mero carimbador de precedentes<sup>189</sup>. Ao contrário, o dever de fundamentação é corolário do novo Código de Processo Civil, além do que, o mesmo Código prevê mecanismos de acolhimento ou afastamento da tese vinculante.

A operação com precedentes não comporta uma atuação automática, antes, exige acuidade na análise interpretativa. Cada precedente deve ser cuidadosamente examinado, a fim de se entender com a máxima precisão seus motivos determinantes.

Isso porque “nenhum evento é exatamente igual ao outro. Para uma decisão ser um precedente para outra não se exige que os fatos da anterior e da posterior sejam absolutamente idênticos. Caso isso fosse exigido, não haveria precedente para coisa alguma”<sup>190</sup>.

Os precedentes são pontos de partida e não de chegada. Sua força não está no grau da Corte Suprema que o emana, mas sim no fundamento que o veicula. É como dizer que a aplicação do precedente se dá pela sua qualidade e não pela sua autoridade<sup>191</sup>.

Tal qual a norma jurídica, a análise interpretativa do precedente não fica restrita ao seu conteúdo literal. O positivismo do século XIX que pregava que só é direito o que está positivado e, uma vez posto, deve ser obedecido, foi suplantado. A imposição de uma interpretação literal deu espaço para o pensamento pós-positivista (ou além-positivismo, na expressão de Friedrich Müller), calcado na hermenêutica para se extrair o melhor sentido da norma.

Na clássica passagem de Hans-Georg Gadamer:

Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que ele lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ em

---

<sup>189</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 81.

<sup>190</sup> SCHAUER, Frederick. Precedente. in: DIDIER JR., Fredie (org.). **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 56.

<sup>191</sup> OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de et al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 578.

relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais<sup>192</sup>.

O encontro do juiz com o texto normativo pressupõe diálogo e não assujeitamento. É no juízo hermenêutico da apreciação entre o fato e a norma, na comparação e subsunção entre ambos, que exsurge a reinterpretação da norma jurídica. Isto “(...) representa um novo material de interpretação e pode posteriormente servir como material ou termo de comparação...”. Tal esforço é extraído pela interpretação, “(...) ela decide ao mesmo tempo sobre aqueles momentos (aspectos) do material de confronto e da situação de fato a decidir que hão de ser entre si compactados”.<sup>193</sup>

A problemática na aplicação das normas jurídicas é que elas não têm conceitos exatos. Elas são postas no ordenamento jurídico como em linguagem natural, o que dificulta o estabelecimento de um conteúdo para elas. Com os fatos ocorre a mesma situação, eles devem ser qualificados de acordo com o juízo do intérprete. O raciocínio jurídico parte de implicações gerais e pela dedução são obtidos as proposições normativas concretas<sup>194</sup>.

Friedrich Müller<sup>195</sup> sustentou com razão que o enunciado normativo não se confunde com a norma e que texto e norma são figuras distintas, o que redundaria na conclusão de que a decisão é sempre interpretativa, não mais silogística.

No pensamento pós-positivista, a norma deixa de ser ente abstrato, não se equiparando mais ao texto legal. Os textos normativos são incapazes de antecipar as soluções aos casos concretos, o texto sempre permanece incompleto e carente de interpretação<sup>196</sup>.

Para Eros Grau “os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destituídos de clareza –, mas sim porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios”. A norma não é produzida pelo

---

<sup>192</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 358.

<sup>193</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 96.

<sup>194</sup> FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais**. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 29.

<sup>195</sup> MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 187.

<sup>196</sup> VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 211.

intérprete apenas pelos elementos colhidos da gramática do texto (mundo do dever ser), mas também com dados da realidade, frente aos casos a que será aplicada (mundo do ser)<sup>197</sup>.

A norma não se confunde com o texto ou com o seu enunciado. É preciso descobrir o significado dos termos para decifrar o seu sentido. A norma é o produto da interpretação<sup>198</sup>.

Precedentes são textos, não normas prontas, acabadas e interpretadas. Sua aplicação futura sempre demandará interpretação. Isto não quer dizer que quem fará a interpretação poderá seguir arbitrariamente uma ou outra decisão, porque deve-se respeitar um caminho histórico e fático para um resultado. O precedente se estabelece ao examinar retrospectivamente o passado de um caso, pelo que é inviável pensar que ele traga respostas sempre prontas para o futuro.

Precedente é texto do qual deve ser extraído um sentido a partir do caso concreto. Haverá sempre um grau de generalização a ser extraído do núcleo da decisão que fará a ligação hermenêutica com os casos posteriores<sup>199</sup>.

O giro linguístico do século XX, além da separação entre texto e norma já apresentada, trouxe a ideia de que a interpretação é ato produtivo, condicionado pela historicidade. Em outras palavras, não existe interpretação dissociada de seu momento histórico.

Müller sustenta a importância da interpretação da norma, mas não de forma isolada:

(...) a norma jurídica é mais do que seu teor literal. O teor literal funciona, de acordo com o tipo de norma, de maneiras distintas, com diretriz e limite da concretização admissível. A interpretação do texto da norma é um componente importante, mas não o único da implementação de sinais de ordenamento normativo em casos determinados<sup>200</sup>.

Para Gadamer,

---

<sup>197</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25.

<sup>198</sup> “A interpretação orientada à aplicação não se torna completa se o intérprete se basta com a análise sintática do texto. Como as normas têm por vocação própria ordenar a vida social, os fatos que compõem a realidade e lhe desenham feição específica não podem ser relegados no trabalho do jurista”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 81.

<sup>199</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 377.

<sup>200</sup> MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 105.

cada época tem de entender um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto forma parte do todo da tradição, na qual cada época tem um interesse pautado na coisa e onde também ela procura compreender em si mesma (...). O sentido está sempre determinado pela situação histórica do intérprete.<sup>201</sup>

Na perfeita analogia de Dworkin<sup>202</sup>, cada juiz é um romancista na corrente. Para escrever um novo capítulo, faz-se necessário revisitar toda a história escrita até então. Ao decidir um novo processo, o juiz deve considerar a cadeia de julgados anteriores para a sua tomada de decisão.

Seguir um precedente é uma tarefa de olhar para o passado. Ao decidir com base no precedente, consideramos como significativo o fato da mesma decisão ter sido tomada antes.<sup>203</sup>

Também preocupado com a cadeia decisional passada de precedentes, Jeremy Waldron entende que uma decisão pretérita proferida em determinada matéria é significativa para ser considerada no caso presente.

Não somos inteiramente simpáticos à pretensão prospectiva dos precedentes. Embora que o juiz, ao decidir também precise voltar seu olhar para o futuro, prevendo as consequências da sua decisão, o comando normativo do precedente não pode ter a pretensão de abarcar todos os eventos possíveis no futuro.

Analisando o que Schauer chama de *forward look*<sup>204</sup> do precedente, Waldron entende que o juiz do caso seguinte (*subsequent judge – Js*) pode tomar dois caminhos que minam a previsibilidade no sistema legal. O primeiro, eles podem não tomar conhecimento do juiz do precedente (*precedent judge – Jp*), ou seja, podem abordar casos semelhantes no futuro sem

<sup>201</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 443.

<sup>202</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 238.

<sup>203</sup> “Precedent-following is very obviously a backward-looking activity: when we decide on the basis of precedent, we treat as significant the fact that essentially the same decision has been made before”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 4.

<sup>204</sup> Schauer desenvolve sua ideia de precedente prospectivo assinalando que um precedente, a princípio, observa o passado. Mas adiciona que não se limita a tanto, porque também o precedente que deve observar o porvir, atento às demandas sociais, evoluções tecnológicas, o impacto econômico. No original: An argument from precedent seems at first to look backward. The traditional perspective on precedent ... has therefore focused on the use of yesterday’s precedents in today’s decisions. But in an equally if not more important way, an argument from precedent looks forward as well, asking us to view today’s decision as a precedent for tomorrow’s decision makers. Today is not only yesterday’s to-morrow; it is also tomorrow’s yesterday”. SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, 1987. p. 572-573.

pensar em como esses casos foram decididos pelo juiz do precedente. Segundo, mesmo depois que a decisão do juiz do precedente é estabelecida como base para expectativas futuras, eles podem decidir que podem melhorá-la e estabelecer sua própria melhor base de expectativas para esse tipo de caso. Isso quer dizer que no momento da nova decisão, o juiz subsequente se torna o próprio juiz do precedente, a respeito de uma nova expectativa; e assim como seu antecessor, ele espera que outros juízes subsequentes prestem atenção e tentem seguir a decisão que ele tomou.<sup>205</sup>

Mas adverte Waldron que o juiz pode ter feito tudo certo dentro da regra de direito, mas se ninguém pegar sua decisão e lançá-la adiante como norma geral, seu trabalho terá sido em vão.<sup>206</sup>

Para que a decisão subsista como precedente, o juiz do caso seguinte deverá tratar a decisão como uma norma legal genuína, como uma norma a que ele e seu tribunal estivessem comprometidos. Ela é uma norma geral com presença legal positiva (*general norm with a positive legal presence*). Se o caso agora diante dele é semelhante ao caso do juiz do precedente (resolvido pela regra no precedente), deve ser usado por ele como base para lidar com seu caso<sup>207</sup>.

Quem diz que a decisão é precedente é o juiz do caso seguinte. Uma decisão torna-se precedente quando reconhecida por outra decisão seguinte. No teste e análise dos novos casos diante da decisão paradigma é que a manutenção ou ampliação do precedente vai sendo testada<sup>208</sup>.

Um exemplo que bem descreve a característica modulatória da decisão precedente, sem desconsiderar a necessária vinculação histórica, foi o caso *Batson v. Kentucky*, 476 US 79 (1986)<sup>209</sup>.

*Batson v. Kentucky* determinou que em um caso criminal, a recusa de jurados não poderia ser feita sem a declaração de uma causa válida, tendo como pano de fundo a exclusão

---

<sup>205</sup> WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law. *Michigan Law Review*, v. 111:1, 2012. p. 12.

<sup>206</sup> WALDRON, op. cit., p. 22-23.

<sup>207</sup> WALDRON, op. cit., p. 23.

<sup>208</sup> “If you want your decision to be the basis of a precedent, then you must work on it and present in the following way: you must issue an opinion; you must state reasons; you must try to articulate the basis of your holding as a general norm; and so on”. WALDRON, op. cit., p. 14.

<sup>209</sup> Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1985/84-6263>>. Acesso em: fev. 2019.

do corpo do júri de pessoas pelo critério unicamente racial. A Suprema Corte entendeu que a prática violava o princípio de proteção da igualdade, o que ofenderia a Décima Quarta Emenda da Constituição Americana.

O caso posteriormente foi aplicado como precedente numa lide civil. *Edmonson v. Leesville Concrete Company*, 500 U.S. 614 (1991)<sup>210</sup>, também teve como discussão a proibição da escolha de jurados pelo critério racial. Thaddeus Donald Edmonson, operário negro, foi ferido em acidente de trabalho numa propriedade federal. Objetivando a busca indenizatória pelas injúrias, processou a companhia *Leesville Concrete Company*. Na escolha do corpo de jurados, a companhia, fazendo uso de seu *peremptory challenges*, reduziu substancialmente o número de julgados negros, o que impactou no resultado da decisão. A Suprema Corte reconheceu em *Edmonson v. Leesville Concrete Company* os motivos que definiram a ofensa à Constituição em *Batson v. Kentucky*, aplicando o precedente e considerando incorreta a recusa de jurados com critério racial.

*J. E. B. v. Alabama*, 511 U.S. 127 (1994)<sup>211</sup>, tratou de caso envolvendo distinção de gênero. O Estado do Alabama, agindo em nome de uma criança, apresentou uma queixa de paternidade e pensão alimentícia contra *J.E.B.* Na escolha dos jurados, o Estado eliminou os componentes masculinos que estavam ao seu alcance, de modo que o júri foi composto exclusivamente por mulheres. O questionamento de *J.E.B.* foi pela inconstitucionalidade das escolhas, que se baseou exclusivamente no gênero dos jurados. Novamente a Suprema Corte reconheceu os precedentes *Batson v. Kentucky* e *Edmonson v. Leesville Concrete Company* e entendeu por inconstitucional a seleção.

Igualmente o famoso caso *Murphy vs Madison* (1803)<sup>212</sup>, cuja decisão que relevou o controle difuso de constitucionalidade no sistema americano foi reconhecida em outro julgado somente décadas após a sua promulgação. No caso original, Murphy pretendia sua nomeação para cargo de juiz de paz, numa disputa envolvendo nomeações realizadas entre o término do mandato do Presidente John Adams e posse de Thomas Jefferson.

---

<sup>210</sup> Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1990/89-7743>>. Acesso em: fev. 2019.

<sup>211</sup> Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1993/92-1239>>. Acesso em: fev. 2019.

<sup>212</sup> “This Constitution shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby”.

Para a aplicação do precedente, não se exige a similaridade exata entre os casos. O necessário é que no juízo de aplicação do precedente, os motivos que o determinaram sejam extensivos ao caso concreto em análise. Seria um equívoco pretender aprisionar o futuro e desconsiderar os hábitos mutáveis da sociedade<sup>213</sup>. Além do que, pretender editar textos normativos interpretados *ad ante*, como soluções prontas para novos casos, desconsidera que “não é possível cindir a interpretação da aplicação. Não podemos decidir e depois buscar fundamento. Decidir e interpretar não são momentos distintos”<sup>214</sup>.

A tentativa de prever o futuro, pretendendo criar decisões que contemplem todas as possibilidades interpretativas da norma, pode fazer com que o precedente, ao invés de facilitador do processo de evolução do direito, desempenhe papel justamente contrário.

Em sua Teoria Estruturante do Direito, Friedrich Müller abordou que o significado da norma não exsurge sem interpretação:

(...) uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é ‘unívoca’, ‘evidente’, porque e à medida que é ‘destituída de clareza’ – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metodologia tradicional (i.é: o teor literal de uma norma) pode parecer ‘clara’ ou mesmo unívoca no papel. Já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente ‘destituída de clareza’<sup>215</sup>.

O precedente não pode servir de obstáculo para o desenvolvimento do direito. Embora não seja qualquer alteração da realidade que importe na sua superação, exigindo-se alteração da base jurídica, política social ou econômica, o excesso de rigidez na avaliação dos casos que se pretende desassemelhar comprometeria a sua eficácia<sup>216</sup>.

A aplicação do precedente não objetiva o engessamento do direito, como bem explicado por Zulmar Duarte de Oliveira Jr:

A rigidez na aplicação do sistema de precedentes levaria a sua ruptura, porquanto se mostraria incapaz de absorver e moldar as novas exigências do devir. Os precedentes, portanto, não podem servir de obstáculos ao

---

<sup>213</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 7-35.

<sup>214</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 189.

<sup>215</sup> MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 62.

<sup>216</sup> OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de et. al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 592.

desenvolvimento do direito, tornando o presente refém perpétuo do passado, projetando um futuro já desbotado.<sup>217</sup>

Mauro Cappelletti, quando trata da interpretação de precedentes – e também da lei –, se apropria da citação de Lord Radcliffe, um dos mais influentes juízes ingleses, para dizer:

O juiz bem pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom de inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas e nova cunhagem. Neste sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação<sup>218</sup>.

Para Cappelletti, os precedentes e leis não podem ser aplicados mecanicamente, mas a fundamentação que os utiliza ou afasta deve levá-los em consideração. Os precedentes e leis podem ser interpretados e superados, mesmo que a eles o juiz esteja vinculado. Estes são os limites substanciais, que assim como vinculam o juiz à Constituição ou à legislação na criação de novas leis, vinculam os magistrados na criação do direito.<sup>219</sup>

Thomas Vesting já advertia que “cada caso exige uma aplicação nova, a interpretação desloca continuamente o sentido da regra”<sup>220</sup>.

Dworkin entende que a força vinculante do precedente não está na origem da sua promulgação. Para ele:

A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está a tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Uma precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de

<sup>217</sup> OLIVEIRA JR, op. cit., p. 592.

<sup>218</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 23.

<sup>219</sup> *The Lawyer and His Times* (Opening Address at 150th Anniversary of the Harvard Law School, 1967), em *The Viscount Radcliffe, Not in Feather Beds. Some Collected Papers*, London, Hamish Hamilton, 1968, p. 265 e ss. *Apud* CAPPELLETTI, op. cit., p. 25-27.

<sup>220</sup> VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 211.

maneira similar no futuro. Essa explicação geral da força gravitacional do precedente explica a característica que invalidou a teoria da promulgação das leis, aquela segundo a qual a força de um precedente escapa à linguagem do voto em que é formulado<sup>221</sup>.

Não é demais lembrar que o art. 926 do Código de Processo Civil determinou que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la, estável, íntegra e coerente”.

O artigo deixou bastante evidente que a jurisprudência nas cortes deve ser estável. Também tratou como conceitos distintos a integridade e coerência da jurisprudência. Estes são conceitos diferentes, mas que se completam.

Lênio Streck pontua as questões de maior importância quando trata da mensagem trazida pelo art. 926 do CPC:

Pois é sobre o artigo 926 que recai uma carga epistêmica de infinito valor. Por várias razões. Primeiro, porque um modo de evitar a jurisprudência lotérica é exigir coerência e integridade; segundo, a garantia da previsibilidade e da não surpresa; terceira, o dever de *accountability* em relação à Constituição, justamente ao artigo 93, IX. E um quinto elemento: o Supremo Tribunal Federal deve também manter a coerência e integridade nas suas próprias decisões. Em todas. Nesse sentido, cresce igualmente o papel do STJ, *locus* da unificação do Direito infraconstitucional<sup>222</sup>.

Para o autor, “haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos”<sup>223</sup>. A coerência somente pode ser alcançada através da igualdade, e isto somente pode ser alcançado por meio de um holismo interpretativo, constituído por uma circularidade hermenêutica. Coerência é igualdade, tanto do caso, quanto de tratamento.

“A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas”<sup>224</sup>. A integridade é contrária ao voluntarismo, ao ativismo e a discricionariedade. Por mais que o juiz desgoste do posicionamento a ser adotado, não é permitido a ele quebrar a integridade do direito, partindo de um grau zero de sentido.

<sup>221</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 176.

<sup>222</sup> STRECK, Lenio. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em março/2019.

<sup>223</sup> Ibid.

<sup>224</sup> Ibid.

Para o autor: “A integridade é virtude política a ser adotada por uma autêntica comunidade de princípios (...), e se expressa pela coerência principiológica na lei, na Constituição e na jurisprudência”<sup>225</sup>.

E adiciona:

A coerência e a integridade são, assim, os vetores principiológicos pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido. Em outras palavras, em qualquer decisão judicial a fundamentação — incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas — deve ser respeitada a coerência e a integridade do Direito produzido democraticamente sob a égide da Constituição<sup>226</sup>.

Caenegem observa que a coerência para alguns tem a vantagem da certeza, por causa do *stare decisis*, ou seja, se um tribunal tiver julgado em certo sentido em um caso, isso não mudará a lei para outra pessoa se um caso semelhante ocorrer. Para ele, isso costumava ser um dogma tão sagrado no *common law* e os juízes estavam tão apegados a essa certeza que estavam preparados para sacrificar a justiça e a equidade: era melhor observar um precedente iníquo ou mesmo absurdo, por uma questão de certeza, do que ignorá-los, acabando com um dos principais pilares do sistema<sup>227</sup>.

No entanto, nem todos os juízes concordam com esse ponto de vista; alguns afirmam que a justiça deve prevalecer sobre a certeza. Pode ser um ganho de justiça e flexibilidade que alguns tribunais não estejam vinculados a precedentes que em nossos dias são considerados iníquos, embora parecessem perfeitamente justos no momento em que foram estabelecidos, mesmo sendo esta ideia contrária à certeza<sup>228</sup>.

Na maioria dos casos, o *stare decisis* ainda é a regra, mas não se pode ter absoluta certeza de que o tribunal não irá reverter um precedente por algum motivo que agora considera imperativo. Mas a verdade é que é difícil contornar um precedente quando parece estar no caminho de um julgamento desejável<sup>229</sup>.

Alexandre Freire faz uma boa distinção sobre os conceitos de coerência e integridade. Como coerente está a relação de ideias que estão de acordo entre si e justificam o presente

---

<sup>225</sup> Ibid.

<sup>226</sup> Ibid.

<sup>227</sup> CAENEGEM, R. C. van. **Judges, legislators, and professor: chapters in European legal history**. Cambridge University Press, 1992. p. 128.

<sup>228</sup> CAENEGEM, op. cit., p. 129.

<sup>229</sup> CAENEGEM, op. cit., 129.

com base no passado. Um tribunal é coerente quando repete suas decisões o mais fiel possível. Coerência representa segurança jurídica, mas também pode reforçar e persistir na replicação de erros; a integridade é mais dinâmica e diz respeito a princípios. Ela permite que em determinadas decisões, o juiz se afaste da linha de suas decisões anteriores em busca da melhor interpretação dos princípios<sup>230</sup>.

Para o articulista:

“a integridade não se opõe à coerência, antes a corrige, quando for ela negativa. Ou seja, quando a coerência instruir os juízes a aplicarem precedentes anteriores injustos e incompatíveis com os aspectos concretos situacionais do caso presente, devem abandoná-los em favor da integridade”<sup>231</sup>.

A integridade no direito funciona em duas vertentes. Ela é ligada à legislação, onde os legisladores ao legislarem devem manter o direito coerente com os princípios que o compõem e também está ligada ao Judiciário, pelo que os juízes, ao aplicarem as leis, façam de maneira coerente com os princípios jurídicos<sup>232</sup>.

Para Dworkin “porque os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, como nada além de um interesse estratégico pelo restante”<sup>233</sup>.

A integridade exige que, até onde seja possível, os juízes tratem o nosso sistema jurídico com respeito a um conjunto coerente de princípios jurídicos. Ou seja, exige fidelidade aos precedentes em circunstâncias nas quais não há nenhuma razão suficientemente convincente para rejeitá-los.

Coerência é uma relação entre ideias que estão de acordo entre si e que justifica o presente com base no passado. Por exemplo, um tribunal age com coerência quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel possível. Isso traz segurança jurídica. Mas em sentido estrito, a coerência pode exigir a continuidade de um erro, se a fidelidade for exagerada. Ela pode ser positiva ou negativa.

---

<sup>230</sup> FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. in: NUNES, Dierle, CASTRO, Aluisio Gonçalves de, JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015 [livro eletrônico]**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>231</sup> FREIRE, op. cit., 2017.

<sup>232</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 167.

<sup>233</sup> DWORKIN, op. cit., p. 167.

Já a integridade é mais dinâmica, pois um tribunal que a observa poderá condenar os erros cometidos em decisões anteriores. A integridade diz respeito a princípios e não políticas. Então, um juiz pode se afastar de uma linha de decisões anteriores em busca de uma melhor interpretação para o caso.

Trazendo novamente decisões da Suprema Corte Americana podemos entender o que significam integridade e coerência na prática judicial.

Em *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)<sup>234</sup> foi discutida a tese do direito à privacidade contra a intrusão do Estado. O Estado de Connecticut tinha uma lei em vigor que proibia o uso de qualquer droga, contraceptivo ou dispositivo médico para contracepção. Estelle Griswold, proprietária de uma clínica de controle de natalidade, e seu sócio, foram presos e condenados por violar a lei.

Embora não previsto na Constituição, a *Supreme Court* entendeu que o direito à privacidade está implícito na declaração de direitos e considerou a lei inconstitucional.

Caso emblemático, *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)<sup>235</sup> tinha como questionamento uma lei do Texas que criminalizava o aborto. Utilizando como uma das razões de decidir, o precedente em *Griswold vs. Connecticut*, a Suprema Corte decidiu que a mulher, amparada no direito à privacidade, podia decidir por si mesma a continuidade ou não da gravidez.

Todavia, quase uma década depois, no caso *Bowers vs. Hardwick*, 487 U.S. 186 (1986)<sup>236</sup> foi discutida a aplicação constitucional de uma lei da Geórgia que criminalizava atos de sodomia. A Corte entendeu que as decisões sobre direito à privacidade tomadas nos casos anteriormente citados não poderiam ser precedentes neste caso, porque elas tratavam de “família, casamento e procriação”, sem conexão com práticas homossexuais.

Mas em *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)<sup>237</sup> que também discutia a criminalização pela prática de atos de sodomia, a Suprema Corte rejeitou o precedente *Bowers vs. Hardwick*, sob a argumentação que a visão ocidental sobre o homossexualismo havia mudado. Concluiu que a decisão passada foi errada.

---

<sup>234</sup> Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1964/496>>. Acesso em: fev. 2019.

<sup>235</sup> Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1971/70-18>>. Acesso em: fev. 2019.

<sup>236</sup> Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1985/85-140>>. Acesso em: fev. 2019.

<sup>237</sup> Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2002/02-102>>. Acesso em: fev. 2019.

Esses exemplos ilustram a diferença entre coerência e integridade. A Corte deveria ter sido coerente em *Bowers vs. Hardwick*, seguindo o precedente criado em *Griswold vs. Connecticut* e *Roe vs. Wade*, mas deixou de aplicá-lo, sob a alegação de distinção. Todavia, não poderia ter sido coerente em *Lawrence vs. Texas*, já que *Bowers vs. Hardwick* foi um erro. Ao contrário, em *Lawrence vs. Texas* se abriu mão da coerência e optou-se pela integridade.

Na sistemática brasileiro, bom exemplo de coerência ocorreu nos casos de *impeachment* dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff. Recordando, no caso de Collor, que renunciou ao mandato um dia antes do processo de cassação, em dezembro de 1992, foi afastado do cargo e declarado inelegível.

Da denúncia que motivou o *impeachment* do presidente e seu afastamento pelo Senado Federal, foram impetrados vários mandados de segurança no STF (a saber, *writs* n. 21.564, n. 21.623 e n. 21.689), objetivando definir um rito ao processo.

No MS 21.564/DF, foi decidido que a Câmara dos Deputados tem competência para realizar o juízo de admissibilidade do *impeachment* e ao Senado compete o seu processamento. Ainda, foi aceita a aplicação de dispositivos da Lei n. 1.079/50 e rechaçada a possibilidade de voto secreto<sup>238</sup>. Além disso, foi fixado o prazo de dez sessões legislativas para o Presidente da República exercer seu direito de defesa.

O MS 21.623/DF discutiu pedido de suspeição de Senadores, que poderiam ter interesse direto no resultado final do *impeachment*. O STF negou o pedido, distinguindo o processo político do judicial e as causas de suspeição.

O Mandado de Segurança n. 21.689/DF inaugurou a discussão das penas aplicadas a Fernando Collor. Na ocasião, logo após a decisão pelo *impeachment*, foi aplicado ao ex-Presidente a pena de suspensão de direitos políticos pelo prazo de oito anos. A ordem foi denegada e considerado possível o julgamento separado.

Em 2015, no *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, logo após ser aceito pelo Câmara dos Deputados, as discussões sobre o rito voltaram à tona. A temática foi arrastada ao

---

<sup>238</sup> A decisão sobre a necessidade de voto aberto foi reafirmada pelo STF quando do julgamento da ADPF 378/DF, Rel. p/ o acórdão Ministro Roberto Barroso.

STF por força de liminar deferida nos autos da ADFP 378/DF, que suspendeu o processo de *impeachment* até decisão do pleno.

No julgamento da arguição, o STF reafirmou o decidido no MS 21.564/DF e *writs* subsequentes. Decidiu-se pela inaplicação das hipóteses de impedimento e de suspeição, o processo de instrução e julgamento pelo Senado, a aplicação subsidiária dos regimentos internos para questões *interna corporis*, bem como ser o voto secreto exceção no texto constitucional<sup>239</sup>.

A nosso juízo, foi acertada a decisão do legislador no art. 926 do CPC ao considerar coerência e integridade como valores distintos. A coerência, quando positiva, é parte da integridade.

Bem entendida a diferença do sistema de precedentes e seu método de aplicação no *civil law*, especialmente no Brasil, tendo a lei como guia e fonte primária do direito, podemos passar no próximo subcapítulo à análise pormenorizada dos precedentes no CPC/2015.

#### 1.4 Os precedentes no Código de Processo Civil de 2015

O Brasil baseia-se na legislação como fonte do direito. Pois bem, a fonte primeira do nosso sistema é a lei, concebida no âmbito do Legislativo. Mas seu texto não é um fim em si mesmo, antes é objeto de (variada) interpretação. O sistema, seja ele brasileiro, inglês ou americano, afetados pela *civil law* ou *common law*, exige previsibilidade e segurança. E pela infinidade de interpretações que podem ser dadas ao texto legal – com muita propriedade sabemos que interpretações destoantes são marca do nosso sistema –, justifica-se a decisão pelo modelo de precedentes.

Podemos constatar que a doutrina dos precedentes brasileiros foi crescente na última década, mesmo com a utilização de instrumentos utilizados pelo *common law* como base de inspiração, que não se pode negar, bem ou mal, serviu de inspiração para a inserção no Código de Processo Civil.

---

<sup>239</sup> Para um resumo detalhado dos acontecimentos ver: COELHO, Marcus Vinícius Furtado. **O protagonismo do Supremo no processo de *impeachment* de presidentes**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2016-jun-05/constituicao-protagonismo-stf-processo-impeachment-presidentes#\\_ftnref2](https://www.conjur.com.br/2016-jun-05/constituicao-protagonismo-stf-processo-impeachment-presidentes#_ftnref2)>. Acesso em agos. 2019.

Bem se viu, no entanto, que nosso sistema de precedentes não encontra precedentes no mundo (sem trocadilhos). O CPC imprimiu feição própria para a criação e aplicação de precedentes no Brasil.

Já tivemos a oportunidade de falar que nada impede, sendo até aconselhável o uso dos conceitos do *common law* para situarmos os precedentes no direito brasileiro. Entretanto, é preciso reconhecer que nosso ordenamento jurídico brasileiro e regime adotado na Constituição Federal, em muito difere das técnicas do direito anglo-saxão.

Este raciocínio encontra amparo na doutrina, além do que inegavelmente foi a escolha do CPC/2015, quando da adoção de precedentes qualificados, buscando não só o enfrentamento do contingente processual, mas também isonomia:

(...) nossa firme convicção no sentido de que a função do direito é, em primeiro lugar, a de gerar estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade. O direito, todavia, tem, também, em nosso sentir, de ser adaptável, já que serve à sociedade e esta sofre alterações ao longo do tempo. A partir de uma visão comparada, pretendemos demonstrar que tanto nos sistemas do *civil law*, quanto nos de *common law*, o direito nasceu e existe com objetivo predominante de criar estabilidade e previsibilidade<sup>240</sup>.

Não que o conceito de precedente antes do CPC/2015 fosse estranho ao sistema processual brasileiro. Basta lembrar o incidente de uniformização de jurisprudência disciplinado nos arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil de 1973 que determinava que do julgamento “será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência” (art. 479). Igualmente o art. 478 do CPC/73 destacava que o “tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada”. Quem sabe por isso alguns autores ainda entendam que o conceito jurídico de precedente no Brasil ainda esteja em construção<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **RePro**, São Paulo, v. 172, jun. 2009. p. 122.

<sup>241</sup> “(...) instrumento mediante o qual o Poder Judiciário, como instituição e no exercício da Jurisdição Constitucional, edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores, atribuindo-lhes racionalidade na medida em que o julgador expressa as razões de decidir”. TARANTO, Caio Márcio Guterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 8.

Atualmente, em qualquer leitura que se faça do texto do CPC, visando extrair seu sentido e alcance, certamente os precedentes assumem posição de centralidade na compreensão, estando dispersos em vários dispositivos.

E a novidade legislativa não guardou lugar periférico aos precedentes no Código. Sem exagero, é possível sustentar que os precedentes atuam como a estrela polar do sistema processual, fixando o norte ao juiz tanto na condução processual, quanto nas decisões<sup>242</sup>.

Nos parece que uma das finalidades buscadas pelo legislador que integrou o sistema de precedentes no CPC/2015 tenha sido a busca pela isonomia no tratamento com casos semelhantes. Há muito os atores do processo reclamam ao Judiciário uma resposta mais previsível e que casos muitas vezes idênticos não tenham desfecho tão destoante.

O anteprojeto do novo código deixou esta ideia assente:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.<sup>243</sup>

E a tentativa de buscar essa isonomia veio no aumento das decisões com efeito vinculante. A vinculação deve ser seguida pelos juízes e tribunais na interpretação dos casos a eles submetidos. A vinculação opera perante os próprios julgadores do precedente passado (vinculação horizontal), como aqueles submetidos por força da hierarquia institucional do Poder Judiciário – juízes e tribunais inferiores (vinculação vertical).

---

<sup>242</sup> OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de et. al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 587.

<sup>243</sup> ROQUE, André, et. al. **Novo CPC anotado e comparado: tudo em um**. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2015. p 356

Compreendidas as particularidades na formação e a aplicação de precedentes, direcionaremos nossa atenção ao sistema brasileiro, cujo eixo de aplicação está previsto nos artigos 926, 927 e 928 do Código de Processo Civil.

Pois bem, a esta altura não é mais novidade que o sistema de precedentes do CPC foi inaugurado pelo art. 926<sup>244</sup>, onde prevê que os tribunais devem manter sua jurisprudência íntegra, estável e coerente.

A regra do art. 926 não se aplica apenas para os procedimentos com carga vinculante, ela é diretriz para todo o sistema. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini entendem que para a eficácia prática ao mencionado artigo, são necessárias uma série de providências operacionais e administrativas pelo próprio Poder Judiciário, como, por exemplo, repertórios jurisprudenciais com indexação precisa<sup>245</sup>.

Em artigo específico sobre o tema, Luiz Rodrigues Wambier entende que, para o estabelecimento de um verdadeiro sistema de precedentes, é imprescindível que haja uma base estatística confiável, que permita saber efetivamente qual o pensamento dominante do Tribunal a respeito de determinada matéria<sup>246</sup>.

E assim detalha seu pensamento:

O mundo da informação - que cada vez é mais precisa - não mais admite o "achismo", expressão coloquial com que se pode definir a tendência irrefreável do ser humano no sentido de tentar dar a palavra final a respeito de qualquer assunto com fundamento em seus conhecimentos empíricos sobre o tema.

Não se coaduna com a seriedade do serviço jurisdicional e sua imprescindibilidade para o vigor democrático, que a sociedade quer imprimir ao Brasil, a circunstância de existirem decisões tomadas com base falsa, como se de jurisprudência dominante se tratasse.

---

<sup>244</sup> “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”.

<sup>245</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2.v. p. 718.

<sup>246</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **RePro**. São Paulo, v. 100, out-dez 2000, p. 81-87.

Há que se construir uma base sólida, confiável, para que a sociedade possa entender a legitimidade das decisões dos Tribunais (inclusive locais) nesse ou naquele sentido<sup>247</sup>.

O § 2º do art. 926 dispôs que, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Trabalhar com precedente é trabalhar com fatos. Essa afirmação foi objeto de debates quando tratamos da aplicação de precedentes. Maurício Ramires reforça a importância dos fatos e, mesmo em obra escrita em período que antecedeu a Lei n. 13.105/2015, serve como consideração:

O que também contribui bastante para o alheamento do direito em relação aos fatos são as regras sobre os recursos especiais e extraordinários, no âmbito dos quais é vedada a (re)discussão dos fatos alegados e provados, cindindo-se os julgamentos às “questões de direito”, mais especificamente da ‘vigência’ de lei federal ou da Constituição. Disso decorrem consequências nefandas, que atuam em relação circular: a produção jurídica mais ‘autorizada’ é aquela dos tribunais superiores, por força da concentração de poder imposta pelo sistema recursal; por isso, também é ela a mais estudada e citada; como os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça desconhecem os fatos, também o estudo jurídico e a doutrina os ignoram. Como resultado, surgem uma teoria e uma prática independentes da realidade que os solicita, separando com isso o direito da realidade social e histórica<sup>248</sup>.

Veja que manter a jurisprudência uniforme e segura passou a ser meta perseguida pelo código. O CPC busca evitar casos de súbita alteração de entendimento dos tribunais, tratando de efetivar o princípio da isonomia e da segurança jurídica<sup>249</sup>.

O art. 927 do CPC inaugurou o sistema de precedentes brasileiros de forma saliente. A expressão “Os juízes e os tribunais observarão” deixou inequívoca a intenção do código em aplicar, de forma vinculante, os tipos decisórios do inciso I a IV, assim ordenados: 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

---

<sup>247</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **RePro**. São Paulo, v. 100, out-dez 2000. p. 81-87.

<sup>248</sup> RAMIRES, Mauricio. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46-47.

<sup>249</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2.v. p. 717.

constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Uma marca importante do art. 927 do CPC é que não somente houve a preocupação em evidenciar a vinculatividade das decisões em controle concentrado e súmulas vinculantes, sobre as quais já existia lei determinando, mas também incluiu o IRDR e IAC, além do que as decisões dos plenários ou órgãos especiais, o que demonstra a preocupação do legislador com a justiça dos estados.

Não se pode negar que há uma gradação legal entre os pronunciamentos. A doutrina tradicional tem entendido por bem classificar essa “força vinculante” em fraca, média ou forte. Ainda existe a classificação entre precedente persuasivos e vinculantes. Pensamos, em apertada síntese, porque essa matéria será objeto de análise detalhada quando tratarmos das espécies de precedentes e sua força vinculante no Capítulo 2, que a classificação em graus de vinculação faz mais sentido se tomarmos em consideração o uso da Reclamação ou outro recurso disponível no CPC.

No CPC/2015 a eficácia das decisões judiciais foi substancialmente alterada. As decisões proferidas por juízes singulares e acórdãos de tribunais em geral ainda permanecem de eficácia persuasiva, desde que não sujeitos ao IAC e IRDR. As súmulas vinculantes, os julgados em controle concentrado, os acórdãos em repercussão geral ou em recurso extraordinário e especial repetitivos e as orientações em IAC e IRDR, são dotados e passaram a ter eficácia normativa, sendo possível, inclusive, o manejo da Reclamação para incorreção da decisão sobre as matérias<sup>250</sup>.

A eficácia vinculante também ficou a cargo das súmulas simples do STF e STJ nas suas respectivas competências, e as orientações do plenário ou órgão especial das Cortes. Esses posicionamentos citados são obrigatórios e devem ser seguidos, mas contra ele, o código não previu a possibilidade de Reclamação<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12.

<sup>251</sup> MELLO, op. cit., p. 23.

Inegavelmente, o inciso III do art. 927 do CPC, dispondo sobre “os acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos”, tem força vinculante<sup>252</sup>.

O objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no art. 976 e seguintes do CPC, é “conferir um julgamento coletivo e abstrato sobre questões unicamente de direito abordadas nas demandas repetitivas, viabilizando a aplicação vinculada da tese jurídica aos respectivos casos concretos. Com isso, procura-se, de uma só vez, atender aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual”<sup>253</sup>.

No caso do IRDR e IAC, a decisão dotada de efeito vinculante tem por objetivo ser aplicada como uma regra decisória para a resolução de uma multiplicidade de casos concretos.

O IRDR somente poderá ser suscitado perante Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, e sua decisão vinculará e será aplicada a todos os processos existentes no raio de competência do respectivo tribunal. A vinculatividade da decisão no IRDR está prevista claramente também no art. 985 do CPC, inclusive quando obsta o ingresso de novas ações<sup>254</sup>.

Da mesma forma ocorrerá com o incidente de assunção de competência (Art. 947 do CPC<sup>255</sup>), que objetiva, em última análise a estabilização dos entendimentos jurisprudenciais, conectando-se com o IRDR na finalidade de unidade do direito.<sup>256</sup>

No inciso IV do 927 do CPC que trata dos “enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria

---

<sup>252</sup> DIDIER, Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 10.ed. Salvador: Juspodivm, v. 2. 2015.

<sup>253</sup> ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidade do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos do sistema decisório. **Revista de Processo**. vol. 240/2015, fev/2015. p. 221-242.

<sup>254</sup> Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – os casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

<sup>255</sup> Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

<sup>256</sup> OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, et al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 692-693.

infraconstitucional”, ainda que não vinculantes na acepção do art. 103-A da CF, devem ser observados por juízes e tribunais.

O § 1º do art. 927 adverte que “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”. A regra do art. 10 trata da vedação à decisão surpresa, prevenindo o juiz da incorreção da decisão que se utilizar de fundamento não submetido ao contraditório das partes. Isso equivale a dizer que para a formação do precedente somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório.

O §1º, do art. 489 trata do dever de fundamentação e da obrigação do juiz em declinar os fundamentos de modo escorreito que levaram à solução do conflito. Como analisamos em capítulo próprio, a aplicação de precedentes não permite solução açodada. Os precedentes antes são criadores de complexidades, abrem a decisão e funcionam como fechamento do sistema. Aplicar precedentes sem fundamentação pode levar facilmente a injustiças. É na análise detida dos casos concretos que as semelhanças devem aflorar e somente através da fundamentação que se pode dimensionar a aplicação da *ratio decidendi*.

Veja-se também que nos §§ 2º ao 5º do art. 927<sup>257</sup> há uma preocupação quanto à estabilidade do sistema. A possibilidade de serem realizadas audiências públicas para a alteração de tese adotada em enunciado de súmula ou em julgamentos de casos repetitivos, como também a modulação de efeitos para os casos de mudança na jurisprudência dos tribunais superiores acompanhada de fundamentação adequada é traço forte da preocupação com o contraditório, buscando evitar decisões surpresas.

Mais especialmente sobre a estabilidade, porque da coerência e integridade tratamos em capítulo passado, o código dedica atenção especial. Não é para menos que o § 5º do art. 927, estabelece que os tribunais devem dar “publicidade a seus precedentes, organizando-os

---

<sup>257</sup> “§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese; § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica; § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia; § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”, objetivando publicizar e encorajar o respeito às suas decisões.

Evidente que o dever de estabilidade não representa imutabilidade do entendimento jurisprudencial e até mesmo de precedentes qualificados. Este dever está presente no código com outra intenção. O que se quer evitar são mudanças bruscas e solipsitas dos entendimentos aplicados pelas Cortes.

Sobre estabilidade, José Miguel Garcia Medina entende que:

A estabilidade tem a ver com a linearidade temporal de um dado modo de decidir. Estabilidade não pode significar imutabilidade, já que a estabilidade liga-se aos elementos a serem considerados na construção da decisão judicial: estáveis esses elementos, de igual modo deve manter-se estável a orientação jurisprudencial<sup>258</sup>.

Não é que o código seja antipático às mudanças, elas são inevitáveis na evolução das relações sociais e no direito. O que se busca é mais previsibilidade e discussão quando do inevitável câmbio interpretativo.

A existência de um sistema de precedentes no CPC/2015 não quer dizer que foi inaugurada uma nova fonte do direito, mas sim que temos a disposição uma técnica de julgamento buscando, além de uma resposta jurisdicional mais célere, concretizar a igualdade, segurança jurídica e estabilidade como valores.

---

<sup>258</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1.323.

## 2 PRECEDENTES QUALIFICADOS

O processo civil brasileiro é o meio pelo qual os direitos são exercidos ou assegurados no país. As alterações na legislação processual nascem geralmente com o intuito de abrandar o alto número de processos que assolam os escaninhos do Judiciário.

Celeridade processual e duração razoável do processo são mantras repetidos incansavelmente pelos defensores de novas técnicas de julgamento, pautadas especialmente no enfrentamento de demandas repetitivas.

O reflexo dos pedidos de agilidade e tratamento igualitários para casos semelhantes foi absorvido pelo Código de Processo Civil de 2015. Embora fosse evidente a escalada de provimentos vinculantes nas alterações promovidas no código de 1973, o atual diploma processual deu grande destaque a esses provimentos.

Em qualquer leitura que se faça do texto do CPC, visando extrair seu sentido e alcance, certamente os precedentes assumem posição de centralidade na compreensão, estando dispersos em vários dispositivos<sup>259</sup>.

Os precedentes, a nosso ver, atuam como a estrela guia do sistema processual, fixando o norte ao juiz tanto na condução processual, quanto nas decisões.

O art. 927 do CPC instituiu em seu rol um sistema de formação e aplicação de precedentes vinculantes, que além de constar decisões conhecidas e contempladas em legislações passadas, acrescenta novas hipóteses de vinculação.

Os precedentes existem há bastante tempo no direito brasileiro, só não eram chamados assim, como por exemplo as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade

---

<sup>259</sup> A influência dos precedentes na compreensão do processo é decisiva, entre elas, para citar alguns exemplos: na ordem cronológica (12, CPC), na cooperação jurisdicional (68, CPC), na tutela de evidência (311, CPC), na improcedência liminar do pedido (332), na sentença (489), na remessa necessária (496), na caução (521), na extensão dos poderes do relator (932), na técnica de julgamento diferenciada (942), no incidente de assunção de competência (947), no conflito de competência (955), na ação rescisória (966), no incidente de resolução de demandas repetitivas (976 a 987), na reclamação (988), no curso dos recursos (998), na apelação (1.011), no agravo de instrumento (1.019), nos embargos de declaração (1.022), nos recursos especiais e extraordinários (1.035 a 1.041), no agravo em recurso especial e/ou extraordinário (1.041 e 1.042).

e seu efeito vinculante. A rigor, toda decisão de um tribunal tem força vinculante, como a reforma de uma decisão liminar por um agravo de instrumento, por exemplo<sup>260</sup>.

Daniel Mitidiero explica que a evolução jurídica brasileira no que toca à vinculação do direito atravessou fases distintas, que vão da repressão mais exacerbada à prevenção como mais destaque<sup>261</sup>.

O CPC de 1939, por exemplo, influenciado que a resposta correta seria extraída da lei, era baseado quase que exclusivamente em técnicas repressivas, em que o objetivo era controlar os erros e buscar a exatidão dos resultados (“embargos de nulidade ou infringentes”). Em 1963 foram criadas as súmulas de jurisprudência, com a intenção de facilitar e guiar o trabalho do STF em determinadas matérias. Essas súmulas tinham enunciados gerais e abstratos e buscavam controlar os entendimentos destoantes dos tribunais ordinários, sendo igualmente de caráter repressivo<sup>262</sup>.

O CPC de 1973, mesmo mantendo as técnicas repressivas, trouxe avanços no campo preventivo, como incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476, CPC), criado para obter pronunciamentos prévios sobre determinada matéria. Aderiu ainda mais à jurisprudência, criando a possibilidade de julgamentos monocráticos pelo Relator (art. 557, CPC<sup>263</sup>), súmulas impeditivas de recursos, que permitiam improcedência liminar de recursos (285-A, CPC<sup>264</sup>), além da criação das súmulas vinculantes<sup>265</sup>.

No CPC de 2015, sobressaem as escolhas preventivas, sem afastar, contudo, as repressivas. E inegavelmente é dado um papel mais importante à uniformização do direito pelas Cortes Superiores (arts. 926 e 927, CPC).

---

<sup>260</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2.v. p. 714.

<sup>261</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 75.

<sup>262</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 76.

<sup>263</sup> “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

<sup>264</sup> Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

<sup>265</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 77.

Para Mitidiero:

A proeminência de técnicas preventivas em detrimento de repressivas para outorgar unidade ao direito no Código de 2015 decorre da percepção de que a interpretação do direito não é simples declaração de uma norma preexistente ou mesmo extração do seu conteúdo normativo. Trata-se de preponderância oriunda da adoção de uma perspectiva adscritivista da interpretação: se a norma é resultado da interpretação, dada a dupla indeterminação do direito, então é imprescindível que a jurisdição colabore com a legislação a fim de que o significado do direito seja densificado, precisado e devidamente comunicado a seus destinatários<sup>266</sup>.

Nosso sistema vem experimentando uma evolução e aumento das decisões com carga vinculante. Essas transformações partem da interpretação do Supremo à Constituição e influenciam a legislação infraconstitucional.

No controle concentrado de constitucionalidade fica bem explicitado que os juízes e tribunais devem observar as decisões em controle concentrado de leis e atos normativos de leis federais e estaduais contestadas em face da Constituição<sup>267</sup>. Aliás, mesmo nas matérias que tratam do controle difuso de constitucionalidade, onde a questão constitucional atinge o STF via recurso extraordinário e os efeitos da decisão, em tese, seria *inter partes*, vem se evoluindo para equiparar os efeitos do controle difuso com o concentrado<sup>268e269</sup>.

Desde então uma série de decisões receberam expedientes de efeitos vinculantes gerais, tanto as ditas constitucionais (por lei<sup>270</sup> ou por emenda constitucional<sup>271</sup>), quanto as infraconstitucionais, como mais recentemente o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, para ficar somente neste exemplo.

<sup>266</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 78.

<sup>267</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] I - processar e julgar, originariamente: [...] a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, 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.

<sup>268</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário n. 191.898/RS**. Rel. Min. Edson Fachin, DJe Sepúlveda Pertence, DJU 22.08.1997.

<sup>269</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário n. 376.852/SC**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 24.10.2003.

<sup>270</sup> A Lei nº 9.868/1999 regulamentou a ADIN, ADO e ADC, ao passo que a Lei nº 9.882/1999 estendeu à ADPF o mesmo efeito vinculante geral.

<sup>271</sup> Ainda importante mencionar, com a edição da EC nº 45/2004, a criação da Súmula Vinculante e a repercussão geral como requisito de conhecimento do recurso extraordinário.

A Lei n. 9.868/1999 regulou o rito da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Mais adiante a Emenda Constitucional n. 03/1993 criou a ação declaratório de constitucionalidade (ADC), expandindo ainda mais o espectro das ações em controle concentrado de constitucionalidade.

E a Emenda Constitucional n. 45/2004 estabeleceu a possibilidade de edição de Súmula Vinculante pelo STF que “terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A e §§ da CF).

De forma concomitante, a legislação infraconstitucional vinha aprimorando (ou tentando aprimorar) procedimentos que tornassem mais eficaz a aplicação da jurisprudência dos tribunais<sup>272</sup>.

A Lei n. 9.756/1998, por meio do art. 557 do CPC/73<sup>273</sup>, permitiu que o relator desse provimento a decisão em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou STJ, na matéria de suas competências.

Igualmente a Lei n. 10.352/2001 (art. 475, §3º do CPC/73<sup>274</sup>) dispensou o duplo grau de jurisdição aos processos envolvendo a Fazenda Pública em decisões que estivessem em consonância com decisões do plenário do STF e súmulas dos tribunais superiores no seu âmbito de competência. O CPC/15 suprimiu a expressão jurisprudência e incluiu ao lado das súmulas, os acórdãos proferidos pelo STF e STJ em recursos repetitivos.

---

<sup>272</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. p. 36.

<sup>273</sup> No CPC/2015 a regra foi reproduzida no art. 932, que disciplina o processo nos tribunais. O artigo mantém a possibilidade de julgamento monocrático para algumas situações, mas é preciso deixar claro que o julgamento pelo colegiado é regra na nova sistemática processual. As possibilidades para decisões monocráticas dos recursos devem ser embasadas em decisões qualificadas pelo crivo do colegiado. Assim dispõem os incisos IV e V do art. 932 em suas alíneas, que permitem o provimento ou desprovimento de recurso contrário à (a) súmulas do STF, STJ ou do próprio tribunal, (b) acórdão do STF ou STJ em julgamento de repetitivos e (c) entendimentos firmados em IRDR ou IAC.

<sup>274</sup> De igual modo procedeu o CPC/2015 ao retirar a expressão “jurisprudência” e incluir súmulas de tribunal superior (I), acórdãos do STF e STJ no regime de repetitivos (II) e entendimentos firmados em IRDR ou IAC (III) ao § 4º do art. 496.

E assim uma sucessão de novas alterações, como a expressiva criação da repercussão geral como requisito para o conhecimento do recurso extraordinário<sup>275</sup> e o procedimento especial para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, foram posteriormente estendidos ao recurso especial do STJ<sup>276</sup>.

O Código de 2015 fez alterações maiores e mais profundas com a implantação do sistema de precedentes do art. 927 e sua influência em vários outros dispositivos e procedimentos. Foi criado um rol hierárquico de precedentes qualificados, com o intuito de “efetivar o princípio da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia”<sup>277</sup>.

Até aqui ficou claro que o estudo não pretende construir uma defesa cega ao sistema de precedentes brasileiro; por outro lado, também não o quer negar. Nosso objetivo é elucidar como os mecanismos vinculantes inseridos no CPC devem ser encarados.

O sistema está posto, decorre da lei. Precisamos compreender qual a melhor forma de aplicação desses precedentes para a evolução do direito. Não concordamos com as alegações de que o sistema de precedentes foi criado única e exclusivamente para combater o excessivo contingente de processos. Este é um motivo, sem dúvida. A novidade dos precedentes objetiva em última análise um tratamento mais isonômico à tomada de decisão, num sistema conhecido também pela discrepância de soluções para casos semelhantes.

## 2.1 Espécies

O Código de Processo Civil tratou precedentes como um termo genérico. Isto porque o art. 927 do CPC entendeu por bem diferenciar os provimentos vinculantes em seu rol. Com a definição de provimentos vinculantes, não alteramos as balizas do nosso sistema para o *common law*. O que o código fez foi elencar como vinculantes decisões que ele entendeu serem sensíveis e importantes para racionalizar as tomadas de decisões, sem esquecer das demandas de massa.

---

<sup>275</sup> Lei n. 11.418/2006 que regulamentou a EC n. 45/2004. Arts. 475-L, II e §1º do CPC e art. 741, parágrafo único.

<sup>276</sup> Lei n. 11.672/2008.

<sup>277</sup> PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). **Revista de Processo**. vol. 248, out/2015. p. 331-355.

O Código de Processo Civil de 1973 referia-se sobre qual decisão seria considerada precedente somente no art. 479<sup>278</sup>, que tratava de uniformização de jurisprudência. Mas o CPC/2015 não reproduziu esse grau de certeza, antes, diferencia o precedente de jurisprudência e de súmula (art. 489, §1º, V e VI).

Da redação do art. 926 do CPC pode-se extrair a distinção com exatidão. O *caput* do dispositivo inicia com “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, enfatizando a jurisprudência. No §1º, trata de súmula ao dispor que “[...]os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”. E a redação do §2º diferencia o precedente da súmula e da jurisprudência “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Precedente, súmula (vinculante ou não) e jurisprudência não são sinônimos. Essas decisões, além das decisões em controle concentrado e acórdãos em incidente de assunção de competência, em resolução de demandas repetitivas e recursos extraordinários e especiais repetitivos, possuem diferenças que não permitem serem chamadas todas de precedente. Pelo menos não podem receber o rótulo de precedente do *common law*<sup>279</sup>.

Nosso sistema é afetado primeiro pela lei e os precedentes são estabelecidos *a priori*, já quando da sua publicação, não respeitando a evolução histórica que marca o precedente no *common law*. Mas nada impede que a partir de serem estabelecidos, os precedentes do CPC possam ter métodos de aplicação com o apoio de técnicas do *common law*<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

<sup>279</sup> “Não é adequado dizer também, que vigora entre nós modelo precedentalista correspondente àquele observado no *common law*. Parece inadequado superestimar a influência do *common law*, entre nós. O entusiasmo com institutos jurídicos de outros países pode levar a sua aplicação equivocada”. MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, p. 1.323.

<sup>280</sup> “É inegável que o Brasil ainda caminha na construção de um sistema de precedentes. As alterações normativas são apenas o primeiro passo. O operador do direito nacional deverá passar por um processo de adaptação para se tornar apto a raciocinar adequadamente com precedentes. Será um caminhar paulatino, com a estabilização dos posicionamentos dos tribunais superiores, o respeito a eles pelos órgãos jurisdicionais a eles submetidos e também pelos criadores dos próprios precedentes, a própria forma de argumentação, que passa a ter os precedentes como um ponto mais relevante etc. Enfim, a alteração normativa é apenas o primeiro passo”. PEIXOTO, Ravi. A recepção legislativa e o *stare decisis* – um breve estudo dos desafios rumo ao desenvolvimento de uma teoria de precedentes a partir do CPC/2015. in: SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de. **Novo CPC: Análise doutrinária sobre o direito processual brasileiro**. Campo Grande: Contemplar, v.3. 2016. p. 297-318.

A nosso juízo, para que possamos identificar um precedente vinculante no sistema processual brasileiro é preciso que a decisão cumpra um critério formal e um substancial. Formal porque o precedente no Brasil nasce da lei, ou seja, a decisão quando prolatada já recebe a estampa de precedente com poder de vinculação. Mas sua verdadeira efetivação como precedente dependerá também de uma característica substancial. E são os julgados posteriores que reconhecerão esta característica, com base numa *ratio decidendi* bem delineada<sup>281</sup>.

Como veremos, os tipos de decisões contidas no CPC, que a doutrina genericamente chama de precedentes, apresentam importantes diferenças desde sua formação até sua aplicação.

Muitos autores advogam ainda que o rol do art. 927 do CPC não é taxativo<sup>282</sup> pelo que, não previu, por exemplo, as decisões em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida como precedente. Inclina-mos para a mesma posição, que será defendida mais amiúde dentro deste capítulo.

Quando falarmos nos precedentes em espécie, tratando os tipos decisórios do art. 927 do CPC, não buscaremos dissecar todo o conteúdo relativo a cada inciso. Embora a temática seja atrativa, a vastidão de possibilidades que preenchem cada instituto descarrilharia o objeto desta pesquisa.

Ao apontar pronunciamentos jurisdicionais vinculantes, nosso objetivo é compreendê-los enquanto precedentes e seu papel no sistema processual. Portanto, trataremos de questões geradoras de debates na doutrina e também nos tribunais, bem como buscaremos compreender como a carga vinculante dessas decisões podem ser aplicadas no sistema judicial brasileiro.

#### 2.1.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

O art. 927, I, do CPC previu “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” como o primeiro de seus precedentes qualificados.

---

<sup>281</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 1.335.

<sup>282</sup> Reconhecendo o RE com repercussão geral como vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 10.793/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie, DJE 06.06.2011.

A inclusão não apresenta novidade legislativa, tendo em vista que os pronunciamentos do STF em matéria de controle abstrato têm eficácia vinculante e também efeito *erga omnes* decorrente da Constituição Federal.

No Brasil, o controle abstrato de constitucionalidade é atribuído ao Supremo Tribunal Federal, por disposição no artigo 102, I, “a”, da CF, ao passo que os legitimados ao processo estão listados no artigo 103 da CF, para controlar a conformidade da legislação infraconstitucional com a Constituição Federal.

Resumidamente, o controle de abstrato de constitucionalidade:

consiste num tipo de controle abstrato de validade de normas exercido por via direta ou principal e que tem por finalidade essencial a eliminação do ordenamento, quer de normas jurídicas já publicadas que sejam julgadas inconstitucionais ou ilegais, quer de efeitos que as mesmas hajam produzido.<sup>283</sup>

O controle concentrado de constitucionalidade tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante distintos, qual seja, a força de lei, que tem o poder de retirar do mundo jurídico leis declaradas inconstitucionais ou emprestar novas interpretações aos comandos legais<sup>284</sup>.

A primeira discussão que surge relevante sobre a vinculação das decisões do STF tomadas no controle abstrato de normas, é se o tribunal também estaria vinculado a elas, impedindo discussão futuras sobre a validade da lei.

O respeitadíssimo professor português JJ Gomes Canotilho entende que o Tribunal Constitucional está vinculado às suas decisões, devendo decidir todos os processos pendentes baseado na primeira declaração<sup>285</sup>.

Não se nega que do ponto de vista processual, a reanálise da matéria já submetida ao pleno do STF, seria obstada. Todavia, seria problemático impedir que o Tribunal, mesmo sabendo do efeito vinculante geral, voltasse a rediscutir a questão<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 168.

<sup>284</sup> Sobre esse tema, apresentando as diferenças da eficácia vinculante e efeito *erga omnes*, teremos a oportunidade de tratar em capítulo específico, logo a seguir.

<sup>285</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Título 6. Capítulo 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 523.

<sup>286</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.482.

Citado por Gilmar Ferreira Mendes, Hans Brox, ao trazer a experiência do direito constitucional alemão, entende possível a rediscussão da lei já analisada pela Corte Superior, mormente nos casos em que se evidencia uma mudança no conteúdo da Constituição ou da norma antes submetida à análise<sup>287</sup>.

Reforçando o argumento, Gilmar Ferreira Mendes entende possível a reapreciação:

Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo nos casos de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.<sup>288</sup>

Além disso, em reforço argumentativo, o artigo 102, §2º da CF exclui do âmbito de vinculação das suas decisões o STF, ao preconizar que o efeito é em relação “aos demais órgãos de jurisdição constitucional”.

O Tribunal Superior não está impedido de retomar decisões já concluídas por si, isto seria renunciar a própria evolução da Constituição. Entretanto, deve a alteração de posicionamento de questão já decidida ser precedida de crítica ao entendimento anterior. “Quem se dispõe a enfrentar um precedente, fica duplamente onerado no dever de justificar-se”<sup>289</sup>, ou seja, além da nova decisão atacar o precedente a ser superado, deve apresentar nova fundamentação condizente com o ato.

De maneira geral, os tribunais constitucionais reconhecem a necessidade de se manterem fiéis a sua jurisprudência, mas concordam que havendo modificações fáticas e jurídicas relevantes, a questão apreciada pode ser revisitada<sup>290</sup>.

Todavia, é importante abrir um parêntese.

Na forma clássica de declaração de inconstitucionalidade, a lei é declarada nula e retirada do mundo jurídico. Nesse caso há vinculação do STF à tomada de decisão, ou seja,

---

<sup>287</sup>BROX, Hans. **Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht.** in: Festschrift für Willi Geiger. Tübingen, 1974. p. 809 *apud* MENDES, op. cit., p. 1.485.

<sup>288</sup> MENDES, op. cit., p. 1.486.

<sup>289</sup> MENDES, op. cit., p. 1494.

<sup>290</sup> Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 591; MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional.** Coimbra: Coimbra. 2005. p. 2017-208.

declarada a inconstitucionalidade da lei, o STF não pode mais revisitar o tema sobre o mesmo dispositivo declarado nulo. Se a lei não mais existe no plano jurídico, o Tribunal Constitucional não pode mais debruçar-se sobre sua (in)constitucionalidade.

Isso não impede, todavia, que outra lei de mesmo teor seja reeditada. Neste caso, o STF não encontraria limitação para deitar novos fundamentos sobre sua inconstitucionalidade. Aliás, sequer ficaria vinculado à decisão passada, podendo se manifestar em sentido contrário, pelos motivos que entender mais adequados.

A não vinculação à decisão anterior, mesmo que de lei com conteúdo idêntico, permite ao STF analisar a matéria com novos olhos, atendo às realidades sociais e de fatos atuais. Todavia, mesmo que não haja vinculação, a nova decisão deve sempre considerar os fundamentos utilizados na decisão anterior.

Do mesmo modo ocorre nas situações em que o STF decide casos de inconstitucionalidade sem incidir sobre o texto normativo, mas sobre as possíveis variantes de sentido que o texto comporta. São as hipóteses da arguição de nulidade sem redução de texto e a interpretação conforme a constituição.

Georges Abboud entende o seguinte:

Na prática, pode ocorrer que a única interpretação considerada constitucional pelo Supremo passe a ser considerada inconstitucional, ou a interpretação que o STF arguiu nula porque inconstitucional passe a ser constitucional. Isso ocorre porque o Supremo, quando julga processo de controle concentrado de constitucionalidade, decide abstratamente, não há um caso jurídico enquanto suporte fático a ser decidido – normatizado, impedindo que o STF possa prever toda a constelação de casos que surgirão diante da aplicação da lei que foi objeto de sentença<sup>291</sup>.

Outro ponto que merece comentário, mesmo que *en passant*, é o entendimento sobre a vinculação das cautelares em ações declaratórias de constitucionalidade e de ações diretas de inconstitucionalidade.

---

<sup>291</sup> ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 529.

Na Reclamação 1.575/ES, o Ministro Celso de Mello deixa assente que a decisão plenária em cautelar de ADC se reveste de efeito vinculante e que sua desobediência desafia provocação do STF para determinar o cumprimento de seus julgados<sup>292</sup>.

De igual modo o posicionamento prevalece para as ações diretas de inconstitucionalidade<sup>293</sup>.

É ponto de convergência que a decisão declaratória de (in)constitucionalidade atinge toda a coletividade, mas que até sua ocorrência, os atos praticados durante sua vigência, no período de presunção de validade, serão válidos. Igualmente há concordância nos casos de inconstitucionalidade *pro futuro* e naquelas que possuem apelo ao legislador. Nestas estaria ausente o efeito vinculante.

Até aqui o tema não apresenta grandes controvérsias. Todavia, quando a questão parte para as decisões em controle difuso de constitucionalidade e a possibilidade de conferir efeito *erga omnes* pelo plenário do STF, no bojo dos recursos extraordinários, a discussão ganha outra dimensão.

---

<sup>292</sup> RECLAMAÇÃO - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL EM FACE DO PODER PÚBLICO (LEI Nº 9.494/97, ART. 1º) - OUTORGA DE MEDIDA CAUTELAR, EM SEDE DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC 4-DF) - DECISÃO PLENÁRIA REVESTIDA DE EFICÁCIA VINCULANTE - INTERPRETAÇÃO DO ART. 102, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - INOBSERVÂNCIA, POR ÓRGÃO DE JURISDIÇÃO INFERIOR, DO EFEITO VINCULANTE DERIVADO DESSE JULGAMENTO PLENÁRIO - HIPÓTESE LEGITIMADORA DO USO DA RECLAMAÇÃO (CF, ART. 102, I, "L") - RECLAMAÇÃO PROCEDENTE. AS DECISÕES PLENÁRIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - QUE DEFEREM MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - REVESTEM-SE DE EFICÁCIA VINCULANTE. - Os provimentos de natureza cautelar acham-se instrumentalmente destinados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando, desse modo, "ex ante", plena eficácia à tutela jurisdicional do Estado, inclusive no que concerne às decisões, que, fundadas no poder cautelar geral - inerente a qualquer órgão do Poder Judiciário - emergem do processo de controle normativo abstrato, instaurado mediante ajuizamento da pertinente ação declaratória de constitucionalidade. Doutrina. Precedentes. O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO. - O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões concessivas de medidas cautelares, outorgadas, com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Doutrina. Precedentes. A DESOBEDIÊNCIA À AUTORIDADE DECISÓRIA DOS JULGADOS PROFERIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL IMPORTA NA INVALIDAÇÃO DO ATO QUE A HOVER PRATICADO. - A procedência da reclamação, quando promovida com o objetivo de fazer prevalecer o "imperium" inerente aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, importará em desconstituição do ato que houver desrespeitado a autoridade da decisão emanada da Suprema Corte. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 1.575/ES**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 20.09.2002.

<sup>293</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 2.256/RN**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.04.2004.

A função do controle concentrado ou abstrato é retirar do mundo jurídico o ato normativo considerado inconstitucional, o que não pode ser realizado no controle difuso, no caso concreto<sup>294</sup>.

No modelo misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, é o Senado que participa no controle difuso e somente por sua atuação seria possível retirar o ato normativo do ordenamento jurídico, por disposição do artigo 52, X, da CF.

Sobre a necessidade de comunicação ao Senado Federal, nas hipóteses em que uma lei é submetida ao STF em controle concreto, via recurso extraordinário, o assunto de forma constante vem sendo objeto de debate na Corte.

No RE 376.852/SC, Relator Ministro Gilmar Mendes, sustentou-se uma aproximação do efeito vinculante nas ações de controle concentrado e difuso. Quando uma decisão sobre a constitucionalidade da lei, mesmo em sede incidental, é tomada pelo Plenário do STF, esta vincula também os órgãos da administração e o Poder Judiciário.

Isto porque perante o STF, os procedimentos de controle abstrato e concreto são praticamente idênticos no seu processamento, não havendo motivos aparentes para distinguir os efeitos das decisões<sup>295</sup>.

Sobre o tema anota o Ministro Gilmar Mendes que:

“a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental”<sup>296</sup>.

Atribuir eficácia vinculante às decisões em controle difuso de constitucionalidade não redundaria em usurpar competência do Senador Federal e não interfere na separação de poderes. A lei declarada inconstitucional no procedimento do controle concreto continuaria a existir, a comunicação ao Senado serviria para promover sua retirada do mundo jurídico.

---

<sup>294</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 382. Em sentido contrário: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>295</sup> MARINONI, op cit. p. 64.

<sup>296</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 162, abr/jun. 2004. p. 164.

Em contraponto, as críticas à mutação partem de doutrina bem fundamentada e entendem que o julgamento pelo plenário do STF somente pode conferir efeito *erga omnes* no controle difuso se avalizado pelo Senado Federal<sup>297</sup>.

Eduardo Talamini também discorda frontalmente da tentativa de equiparar decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade às realizadas em controle concentrado. Para ele, a necessidade de o Senado retirar do ordenamento lei declarada inconstitucional de forma incidental pelo STF já indica que este tipo de provimento não se reveste de eficácia *erga omnes*<sup>298</sup>. Além do que o poder de suspensão da casa legislativa é discricionário, podendo ou não acatar a decisão do judiciário<sup>299</sup>.

A discussão sobre a mutação do artigo 52, X, da CF recebeu resposta negativa por maioria de votos da Suprema Corte, recusando a equiparação de efeitos da decisão tomada em controle difuso de constitucionalidade com as do controle concentrado.

Embora exista uma aproximação cada vez maior entre o recurso extraordinário e o controle abstrato de constitucionalidade, a equiparação não é completa. Tanto é verdade que qualquer pessoa estaria apta a chegar via RE ao STF para discutir uma questão incidental de constitucionalidade, enquanto a via do controle abstrato é bem mais restrita.

Não parece possível ignorar o comando do art. 52, X, da CF e sua clara exigência para que o Senado Federal seja comunicado para suspender a lei declarada inconstitucional (“X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”). Uma leitura visando excluir a participação do Senado transgride o texto normativo.

Até poderíamos desejar uma aproximação dos dois modelos (difuso e concentrado), o que nos pareceria mais coerente, porque evita a proliferação de decisões desencontradas nos

---

<sup>297</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 512.

<sup>298</sup> TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). in: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos finais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149.

<sup>299</sup> Por exemplo, “[...] já houve ocasião em que o Senado negou-se a ‘suspender a execução da lei’ (a) por reputar que a conclusão pela inconstitucionalidade, definida pelo Supremo em apertada maioria, poderia ainda ser revista e (b) por considerar excessivamente gravosos os efeitos que adviriam da retirada da norma. E o Supremo reputa legítima essa autonomia de deliberação do Senado”. TALAMINI, op. cit., p. 149-150.

juízos singulares sobre questão constitucional já decidida pelo STF<sup>300</sup>. Todavia, a alteração deve partir via emenda à constituição.

#### *2.1.1.1 Distinções entre efeito erga omnes e eficácia vinculante e a teoria da transcendência dos motivos determinantes*

Efeito vinculante e eficácia *erga omnes* são conceitos que andam juntos, mas não são sinônimos, tampouco dependem um do outro para coexistir. Ambos os efeitos estão presentes no controle concentrado de constitucionalidade, mas o efeito *erga omnes* não está presente somente nesse caso, mas também em todos os provimentos que tutela interesses difusos.

*Erga omnes* e efeito vinculante devem ser tratados como institutos afins, mas distintos. Essa já era a orientação trazida pela Emenda Constitucional nº 03, que deu redação ao artigo 102, §2º da CF ao afirmar que a decisão declaratória de constitucionalidade produzirá “eficácia contra todos e efeito vinculante”.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante podem ser distintos da seguinte forma:

Eficácia *erga omnes* (contra todos) significa a abrangência subjetiva da coisa julgada, (limites subjetivos da coisa julgada), que, por tratar-se de processo objetivo, não atinge somente as partes do processo (CPC 506), mas toda a sociedade e os poderes Executivo e Judiciário [...] Eficácia vinculante significa a abrangência objetiva da coisa julgada (limites objetivos da coisa julgada), naquilo que estiver explícito no conteúdo da parte dispositiva do acórdão do STF que julgar o mérito da ADIn<sup>301</sup>.

Via de regra, o efeito vinculante está presente em todas as sentenças. Mesmo nas sentenças singulares, subsiste a vinculação das partes ao comando decisório. Ambos os efeitos agregam a coisa julgada, mas o efeito *erga omnes* não vincula somente os particulares.

Tanto um quanto o outro possuem seus efeitos limitados ao dispositivo da sentença – pelo menos esse é o entendimento que atualmente predomina no Supremo, e nenhum dos efeitos no controle concentrado de constitucionalidade transita em julgado – somente o

---

<sup>300</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 4.335/AC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 21.10.2014.

<sup>301</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.837.

dispositivo. Mas o efeito *erga omnes* pode ocorrer independentemente da coisa julgada, como nos casos de liminares em ações coletivas que resguardam interesse difusos.

O artigo 102, §2º da CF e o artigo 28 da Lei nº 9.868/99 preveem que ações declaratórias, sejam de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, tem eficácia *erga omnes*.

É o efeito *erga omnes* que agrega à decisão o caráter normativo, a chamada força de lei. O efeito *erga omnes* permite a aplicação da solução adotada a casos futuros, bem como promove a expansão da decisão à integralidade do Poder Judiciário e à Administração Pública<sup>302</sup>.

Efeito *erga omnes* é a verdadeira força de lei. Quando o tribunal superior analisa em controle concentrado de constitucionalidade a conformidade ou não da norma à Constituição Federal, sua decisão torna obrigatória a aceitação da lei – caso de procedência de uma ADC –, como compulsória deve ser a extirpação de uma lei tida por inconstitucional, nas ADIs.

O efeito *erga omnes* espalha os efeitos da decisão, que devem ser seguidos pelo Judiciário e todos os órgãos da administração. Significa dizer que, declarada a inconstitucionalidade de uma norma, por exemplo, deve ser reconhecida sua imediata eliminação do ordenamento jurídico<sup>303</sup>.

Tratando sobre o efeito vinculante, Georges Abboud explica que é algo que agrega à coisa julgada proferida no processo constitucional. Para ele, o efeito vinculante somente recai sobre as decisões definitivas de mérito e à sua parte dispositiva, não sendo estendida aos motivos determinantes<sup>304</sup>.

---

<sup>302</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 489.

<sup>303</sup> “Ante a sentença nulificativa, o ato legislativo, imediatamente, perde a sua sanção moral e expira em virtude da lei anterior com que colidia. E se o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recurso, ‘a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apelo, no tocante aos princípios constitucionais sobre que versa’. Nem a legislação tentará contrariá-lo, porquanto a regra *stare decisis* exige que todos os tribunais daí em diante o respeitem como *res judicata*; e enquanto a Constituição não sofrer nenhuma reforma, que lhe altere os fundamentos, nenhuma autoridade judiciária o infringe. O papel dessa autoridade é de suprema vantagem para a ordem constitucional (...). Que ruinosas e destruidoras consequências não resultariam para logo, se ficasse praticamente entendido que os vários poderes julgam e decidem cada qual independentemente a extensão da competência que a Constituição lhes atribui”. BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933, 4.v. p. 268.

<sup>304</sup> ABOUD, op cit., p. 488.

Nesse ponto, restringindo o efeito vinculante ao dispositivo da decisão, Peter Haberle entende que estender o efeito vinculante aos motivos determinantes pode causar a canonização da *ratio decidendi*. Para o renomado jurista alemão, isso representaria um empobrecimento do diálogo jurídico e desestimularia outros tribunais a alcançar a melhor interpretação da Constituição, bem como retiraria a força inovadora dos votos particulares, fazendo com que, em parte, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição fechasse<sup>305</sup>.

E os críticos à teoria da transcendência dos motivos determinantes adicionam que estender efeito vinculante além da parte dispositiva seria um entrave à evolução constitucional<sup>306</sup>. A eficácia vinculante prevista do artigo 102, §2º da CF deve ser restrita ao dispositivo da decisão e sua extensão aos motivos determinantes poderia ferir o princípio da independência dos juízes e o princípio da jurisdição<sup>307</sup>.

Mesmo porque, para eles, não faria sentido em um modelo misto de controle de constitucionalidade, onde a ideia é propiciar um diálogo entre os tribunais estaduais e o STF, empregar força vinculante aos motivos determinantes da decisão, impedindo que as discussões ascendam pela via do controle difuso<sup>308</sup>.

Argumento adicional contra a vinculação dos motivos determinantes, é que pela profusão de votos emitidos em cada julgado que cuidam das ações constitucionais, é tarefa difícil unir argumentos que muitas vezes sequer dialogam entre si<sup>309</sup>.

Em sentido oposto, alargando o alcance do efeito vinculativo das decisões tomadas em controle abstrato de constitucionalidade, a tese na qual nos filiamos, pontua-se que o efeito vinculante não pode estar restrito somente a parte dispositiva da decisão, mas também aos seus motivos determinantes.

---

<sup>305</sup> HABERLE, Peter. **El recurso de amparo el sistema germano-federal**. in: Belaúnde, García; Segado, Fernández (orgs.). *La Jurisdicción Constitucional en IberoAmerica*. Madrid: Editorial Dykinson, 1997. p. 982.

<sup>306</sup> MEDEIROS, RUI. **A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 814.

<sup>307</sup> ABOUD, op. cit., p. 511.

<sup>308</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 817.

<sup>309</sup> Dois são os modelos mais difundidos de tomada de votos nas Cortes: o *seriatim* se caracteriza por uma série de decisões individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são compostos em série em um texto composto (sistema brasileiro); e o *per curiam*, cuja decisão é formatada em texto como um relato do caso julgado (modelo americano).

Utilizando como ponto de partida a doutrina alemã, diferentemente da coisa julgada e da força de lei (*erga omnes*), o efeito vinculante se estende aos motivos determinantes da decisão. Tanto neste entender, quanto da doutrina tedesca, a *ratio decidendi* transcende o caso singular, de modo que tanto os motivos postos no dispositivo, quanto as razões de decidir, devem ser observados nos casos futuros<sup>310</sup>.

E reforça seu posicionamento citando Brun-Otto Bryde:

É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão, tornaria de todo despiciendo este instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei. Ademais, tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional<sup>311</sup>.

Este posicionamento encontrou abrigo inicialmente no STF:

Reclamação. Cabimento. Afronta à decisão proferida na ADI 1662-SP. Sequestro de verbas públicas. Precatório. Vencimento do prazo para pagamento. Emenda Constitucional 30/00. Parágrafo 2º do artigo 100 da Constituição Federal.

Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê por via oblíqua.

Ordem de sequestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/200. Decisão tida por violada – ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal.

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.

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

<sup>310</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.490.

<sup>311</sup> BRYDE, Brun-Otto. **Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. Baden-Baden, 1982. p. 420 *apud* MENDES, op. cit., p. 1.491.

os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional<sup>312</sup>.

A aplicação do efeito vinculante no caso citado pretendeu conferir amplitude elástica ao caso, não ficando adstrita somente à parte dispositiva.

Roger Stiefelmann Leal leciona que o efeito vinculante não pode ser direcionado a alguém específico, porque esta característica já emana da eficácia contra todos. Assim, seria necessário entender o efeito vinculante como meio a tornar obrigatória parte da decisão diferente da dispositiva, podendo alcançar seus motivos determinantes<sup>313</sup>.

Não se desconhece posicionamentos em sentido contrário e que predomina no STF, que não permitem o processamento de Reclamações fundadas na teoria da transcendência dos motivos determinantes, mas que exigem a identidade estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo da decisão do STF dotada de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Respeitadas as bem colocadas objeções à extensão do efeito *erga omnes* e eficácia vinculante das decisões tomadas pelo STF, adotar a tese da transcendência dos motivos determinantes está diretamente ligada ao fortalecimento de um regime de precedentes. O próprio Código de Processo Civil confere à *ratio decidendi* papel de destaque, ainda mais quando ligada aos precedentes (art. 489, V).

Não estamos querendo equiparar os conceitos de motivos determinantes e *ratio decidendi* com o sistema de precedentes. Eles são distintos e independentes entre si. Um sistema de precedentes não precisa necessariamente acolher uma teoria de motivos determinantes para subsistir, embora entendamos que a adoção seria produtiva.

O mais importante é termos clara a separação entre os conceitos de coisa julgada e motivos determinantes da decisão. Enquanto a coisa julgada torna definitiva a discussão do caso concreto, a segurança do precedente trabalha em outro viés. Não se pode fazer aplicação

---

<sup>312</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 1.987/DF**. Rel. Min. Maurício Correa, DJe 21.05.2004.

<sup>313</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 150.

de coisa julgada para casos análogos, por exemplo. A coisa julgada não tem ligação com o sistema de precedente<sup>314</sup>.

“Enquanto a coisa julgada imutabiliza a discussão do caso concreto, a segurança do precedente atua de forma dinâmica”. Veja que a coisa julgada impede a discussão do caso concreto em qualquer esfera judicial, do primeiro ao último grau de jurisdição. O precedente para exercer força vinculante precisa de um sistema hierarquizado. Ou seja, a coisa julgada como forma de estabilização de uma decisão é mais forte que um precedente<sup>315</sup>.

Fortalecer a vinculação aos motivos determinantes da decisão, aliás, é um passo ainda mais evidente para racionalizar os processos de tomada de decisão do sistema, ligado dos tribunais superiores aos juízos singulares. Adotar posicionamento que permite estender os efeitos vinculantes aos motivos determinantes, parece um passo mais significado no rumo da modernização e racionalidade da jurisdição constitucional.

### 2.1.2 Enunciados de súmulas vinculantes e súmulas do STF e STJ nas suas respectivas competências

A súmula vinculante tem por base os assentos portugueses. E já era reconhecido que os assentos exerciam função semelhante à da lei, como descreve José Alberto dos Reis:

Devem aos assentos a mesma obediência que a qualquer lei interpretativa; têm de inclinar-se perante a interpretação consagrada pelo assento, exatamente como se inclinaram perante a interpretação emanada de lei votada pela Assembleia Nacional ou estabelecida em decreto-lei. A interpretação formulada em assento vale como interpretação autêntica<sup>316</sup>.

O professor português Castanheira Neves define os assentos portugueses como prescrições normativas *ex-novo* e não como oriunda de uma manifestação reiterada da Corte sobre determinada matéria.

---

<sup>314</sup> PEIXOTO, Ravi. A Reclamação como remédio jurídico processual para a superação de precedentes. in: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix. **Precedentes Judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 130.

<sup>315</sup> PEIXOTO, op. cit. p. 130-132.

<sup>316</sup> REIS, José Alberto do. **Código de processo civil anotado**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, VI. v. p. 315.

Castanheira Neves explica que a súmula (assentos) tem característica lógico-abstrata, aproximando-se da legislação. Para ele “o assento é norma constituindo-se *ex-novo* visando o futuro e não ‘jurisprudência’ (consagração de soluções que vem do passado e persistem)”<sup>317</sup>.

E quando analisa as características dos assentos portugueses, fica bastante evidente a semelhança com a súmula vinculante brasileira:

Uma prescrição jurídica (imperativo ou critério normativo jurídico obrigatório) que se constitui no modo de uma norma geral e abstrata, proposta à predeterminação normativa de uma aplicação futura, susceptível de garantia a segurança e a igualdade jurídicas, e que não só impõe com força ou eficácia de uma vinculação normativa universal como se reconhece legalmente carácter de fonte do direito, que tipo de entidade dogmática-jurista manifesta?<sup>318</sup>

Em Portugal os assentos diminuíram de importância com a promulgação da Constituição de 1976, que proibiu a eficácia externa dos interpretativos. Em 1993 sua força obrigatória foi banida pelo Tribunal Constitucional<sup>319</sup>.

<sup>317</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra, 1983. p. 11.

<sup>318</sup> CASTANHEIRA NEVES, op cit. p. 315.

<sup>319</sup> O acórdão n.º 810/93 tratou do tema: “Como é sabido, com base no instituto dos assentos, ao Supremo Tribunal de Justiça, confrontado com um conflito de jurisprudência que respeite os requisitos processualmente definidos, e imposta a obrigação de o resolver definitivamente através da enunciação de uma prescrição jurídica que, tendo embora resultado da solução dada aquele conflito ou sendo a síntese dessa solução, passa a valer para o futuro como preceito normativo geral e abstracto e dotado de força obrigatória geral [...] Veio entretanto a ser aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, o Código Civil ainda hoje em vigor, o qual dispõe no artigo 2.º, do modo seguinte: Artigo 2.º (Assentos) Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral [...] O perfil de tal síntese poderá ser assim delineado: (a) Os assentos da Casa da Suplicação constituíam interpretação autêntica das leis e tinham força legislativa; (b) Desde a sua instituição em 1832, até a entrada em vigor do Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926, o Supremo Tribunal de Justiça não dispunha de competência para proferir assentos, mas tão somente para uniformizar a jurisprudência, através da interpretação e aplicação da lei nos casos concretos que lhe eram submetidos; (c) O artigo 66.º deste último diploma instituiu um recurso inominado de uniformização de jurisprudência para o pleno do Supremo Tribunal de Justiça; (d) A jurisprudência estabelecida por estes acórdãos era obrigatória para os tribunais inferiores e para o Supremo Tribunal de Justiça enquanto não fosse alterada por outro acórdão da mesma proveniência; (e) Apesar de o Decreto n.º 12.353 não atribuir, explícita ou implicitamente, a designação de assentos, o Supremo Tribunal de Justiça assim passou a chamá-los a partir de Dezembro de 1927; (f) O Código de Processo Civil de 1939 consagrou a denominação de assentos para os acórdãos proferidos pelo pleno do Supremo Tribunal de Justiça, mantendo no mais o regime do Decreto n.º 12 353; (g) O Código de Processo Civil de 1961, eliminou a faculdade de alteração dos assentos pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça; (h) O artigo 2.º do Código Civil de 1967, veio atribuir à doutrina fixada pelos assentos força obrigatória geral; (i) O Decreto-Lei n.º 47.690, de 11 de Maio de 1967, na redação dada ao artigo 769 n.º 2, do Código de Processo Civil, eliminou a referência que ali se fazia a respeito da eficácia dos assentos [...] Como é consabido, os assentos não são os próprios acórdãos do tribunal pleno, mas estritamente as proposições normativas de estrutura geral e abstracta que se autonormalizam, formal e normativamente, desses acórdãos. O assento é o «preceito que coroa a decisão do caso concreto» com «força genérica» (Antunes Varela, Do Projeto ao Código Civil, p. 18), não a própria decisão do caso concreto ou o conteúdo normativo causuístico dessa decisão [...] Deste modo, sendo função dos assentos interpretar ou integrar autenticamente as leis, a norma

No Brasil, as súmulas foram introduzidas pelas mãos do Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, através da emenda regimental 30/1963. À época, a súmula deveria vincular somente o próprio tribunal, como meio de simplificar a tomada de futuras decisões. Aos demais órgãos do Judiciário, a súmula assumia postura persuasiva<sup>320</sup>.

A EC nº 45/2004 criou a Súmula Vinculante e estabeleceu que sua observância também seria obrigatória para o Judiciário e para a administração pública.

O inciso II, do art. 927, repete o exemplo do inciso I e reproduz a súmula vinculante como hipótese vinculativa também em seu rol. A novidade foi a inclusão das súmulas publicadas pelo STF e STJ em suas respectivas áreas de competência (inciso IV).

Agruparemos neste tópico, embora tratadas em incisos diferentes pelo código, as súmulas vinculantes e as súmulas dos tribunais, muito por conta da necessidade de destacarmos as diferenças no método de criação e, obviamente, seus efeitos.

Pertinente nesse espaço levantar sinteticamente as diferenças entre súmulas e súmulas vinculantes. Primeiro, o quórum para aprovação maior (2/3 para a súmula vinculante) e a possibilidade do uso da Reclamação para garantir sua aplicação (art. 988 do CPC). Segundo, a diferença topológica do código, que em concorrência de entendimento prevalecerá a súmula vinculante. Por fim, o grau de vinculatividade da súmula vinculante vai mais longe, obrigando a administração pública, por força do art. 103-A da CF.

O objeto da súmula vinculante é a busca de um entendimento já estabelecido na Corte em matéria constitucional ao qual se quer conferir eficácia vinculante<sup>321</sup>.

Essa visão adotada por Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, de que a súmula vinculante está baseada em entendimento constitucional da Corte confere com o voto o Ministro Joaquim Barbosa, na Reclamação 4.335/AC:

---

que lhes atribui força obrigatória geral, não pode deixar de incorrer em colisão com o artigo 115º, nº 5 da Constituição”.

<sup>320</sup> DANTAS, Bruno. Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. **Revista de Informação Legislativa**, v. 45, jul./set. 2008. p. 187.

<sup>321</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2.v. p. 772.

Reforça minha convicção [...] o STF não depende mais do Senado para atribuir efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso. Isso justamente porque, se o STF entender, com base na gravidade da questão constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito<sup>322</sup>.

Para a edição das Súmulas Vinculantes, 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.

A Constituição prevê o efeito vinculante também nas súmulas vinculantes, pela dicção do artigo 103-A da CF, com redação dada pela EC 45/2004<sup>323</sup>. “[...] Sob certa perceptiva, permite que a consideremos mais ‘forte’ que o próprio texto constitucional [...] A violação à súmula vinculante pode ser arguida mediante reclamação ao STF [...] o mesmo não se podendo dizer de violação ao próprio texto constitucional”<sup>324</sup>.

E o §1º do mencionado artigo dispõe que “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Para a validade das súmulas vinculantes, Nelson Nery Junior apresenta alguns condicionantes:

a tese jurídica que se quer afirmar em verbete da Súmula Vinculante tem de a) respeito da norma constitucional; b) o objeto do verbete tem de ser a validade, a interpretação ou a eficácia de norma constitucional; c) controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário ou entre eles e a administração pública sobre a validade, interpretação ou eficácia da norma constitucional questionada; d) grave insegurança: a controvérsia atual deve

<sup>322</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 4.335/AC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 21.10.2014.

<sup>323</sup> “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”.

<sup>324</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 1.325.

ter aptidão para gerar grave insegurança jurídica; e) relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica acarretada pela controvérsia a respeito da norma constitucional questionada; f) reiteração das decisões do STF no mesmo sentido da afirmação da tese jurídica objeto do verbete; g) quórum qualificado: decisão por 2/3 dos membros do STF (oito Ministros) afirmando a tese do verbete vinculante; h) publicação: do verbete vinculante na imprensa oficial<sup>325</sup>.

Os enunciados de súmulas editados pelo STF basicamente são extratos da jurisprudência dos tribunais e, embora as condicionantes acima citadas não decorrem da lei, não haveria sentido a edição de súmulas vinculantes que não fossem fruto de reiteradas decisões da Corte sobre uma matéria de relevante interesse.

À toda evidência, súmulas não são precedentes<sup>326</sup>. As súmulas sintetizam o entendimento de um tribunal a respeito de um determinado assunto, tendo o papel de buscar um meio-termo da estabilidade da jurisprudência<sup>327</sup>.

A doutrina é incisiva ao buscar estabelecer claramente a diferença entre súmula e precedente. Para Marinoni:

As súmulas foram concebidas como enunciados abstratos voltados a facilitar o trabalho de correção das decisões dos tribunais. É ilógico tentar dar-lhes a função de precedentes, na medida em que só a decisão do caso concreto é capaz de espelhar em toda a sua plenitude o contexto fático em que a *ratio decidendi* se insere<sup>328</sup>.

Victor Nunes Leal, ao falar sobre as súmulas, entendia que:

estes [enunciados] não devem ser interpretados, isto é, esclarecidos quanto ao seu correto significado. O que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a Súmula é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal.

Para ele:

A Súmula deve, pois, ser redigida tanto quanto possível com a maior clareza, sem qualquer dubildade, para que não falhe ao seu papel de expressar a

<sup>325</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.840.

<sup>326</sup> Para uma boa compreensão da distinção ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. Súmula da jurisprudência dominante, separação e modulação de efeitos no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, fev. 2017, vol. 264. p. 281-320.

<sup>327</sup> LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**. n. 145, jul./set. 1981. p. 2.

<sup>328</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 23.

inteligência dada pelo Tribunal. Por isso mesmo, sempre que seja necessário esclarecer algum dos enunciados da Súmula, deve ele ser cancelado, como se fosse objeto de alteração, inscrevendo-se o seu novo texto na Súmula com outro número<sup>329</sup>.

Súmulas e súmulas vinculantes são enunciados gerais e abstratos, diferente dos precedentes, que tem a característica de normas gerais e concretas. O CPC tenta dar mais concretude aos enunciados sumulares, ao prever no art. 926, §2º, que as circunstâncias fáticas que motivaram sua criação devem ser observadas.

A crítica mais ácida sobre os enunciados sumulares parte da ideia de que a súmula não pode ser um comando pronto e acabado que impeça a interpretação. Súmulas, assim como a lei e o precedente, são textos passíveis de interpretação. Não há norma jurídica pré-interpretada. O direito não cabe na súmula<sup>330</sup>.

Esses enunciados gerais e abstratos, característicos das súmulas vinculantes (competência do STF) e também das súmulas dos tribunais superiores, ignoram que o direito deve ser concretizado no caso concreto. A súmula não tem o poder de abarcar todas as possibilidades futuras de aplicação<sup>331</sup>.

A forma para que se propõe a súmula vinculante (ou mesmo os enunciados de súmulas do inciso IV, do art. 927 do CPC, que também vinculam em menor competência) é estabelecer um texto abstrato com interpretação voltada ao futuro, característica que encoraja a aplicação dedutiva e por subsunção, métodos já criticados neste estudo.

O STF, em debate sobre a súmula vinculante 14<sup>332</sup> expôs a intenção de simplificar a interpretação, como se observa das palavras da Ministra Ellen Gracie: “A súmula vinculante é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação”.

---

<sup>329</sup> LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**. n. 145, jul./set. 1981. p. 11.

<sup>330</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto? – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 53-55.

<sup>331</sup> “Esse é o risco de se atribuir efeitos vinculantes às decisões dos Tribunais Superiores, porque com a súmula vinculante, o tribunal estará definindo, previamente [...] os limites do sentido do texto, bem como o próprio sentido desses limites, obstaculizando o necessário devir interpretativo, impedindo-se, assim, o aparecer da singularidade/especificidade do caso jurídico sob exame”. STRECK; ABOUD, op. cit., p. 62.

<sup>332</sup> “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

“Não há clareza que dispense a interpretação”<sup>333</sup>. Súmulas são textos que prescindem ser interpretados, para estabelecer seu alcance e funcionalidade. Mas a criação e desenvolvimento desse mecanismo pelas cortes superiores sugere justamente o contrário. A aplicação das súmulas aparentemente dispensa fundamentação e seu conteúdo é encarado como dogma imutável.

A aplicação puramente do texto da súmula a limita a casos com a mesma similitude fática, ao passo que aplicar a sua *ratio* expandiria seu espectro para casos em que essa semelhança não é tão evidente<sup>334</sup>.

Súmula, em exemplo mais objetivo, é o resultado da interpretação de inúmeros textos. Georges Abboud e Lenio Streck compartilham dessa ideia:

a súmula é um produto de um conjunto de outros textos. É por essa razão que, em determinado momento, o Supremo Tribunal Federal institui um enunciado assertório que, em vez de resolver um determinado caso concreto, terá a função de resolver todos os demais casos que podem ser abrangidos pelo novo texto da súmula<sup>335</sup>.

Como adverte Medina, “[...] os precedentes ligam-se às circunstâncias do caso, e a súmula (ou enunciado de súmula), ao extrato da solução jurídica aplicável, de modo geral, a casos iguais ou muito parecidos, tal como resolvidos em uma série de julgados”<sup>336</sup>.

As súmulas deveriam ser vistas como textos normativos e sua interpretação não deve vir pronta e acabada. Não somos contra a edição de enunciados sumulares, mas suas fórmulas não podem estancar o desenvolvimento do direito. Na análise de novos casos, o intérprete deve estar aberto a conceder diferentes interpretações ao texto sumular.

E é exatamente nesta forma de aplicação da súmula que ela se diferenciada do precedente<sup>337</sup>. Precedentes não são prescrições exatas ou literais, sua formação decorre da

<sup>333</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto? – o precedente judicial e as súmulas vinculantes.** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 63.

<sup>334</sup> Dworkin faz menção ao caso *Rylands vs. Fletcher*, um marco na doutrina dos precedentes nos EUA. O caso concreto tratava de responsabilizar pessoa que acumula água em sua propriedade e permite seu escapamento, causando danos a terrenos vizinhos. Especialmente o caso tratou da construção de um dique para a operação de um moinho, que se rompeu e inundou uma mina adjacente. O princípio (*ratio*) da decisão foi estendido por analogia a casos de petróleo, gás, eletricidade. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 173.

<sup>335</sup> STRECK; ABOUD, op. cit., p. 65.

<sup>336</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1.329.

análise detida do caso concreto e seus efeitos não são expandidos para o futuro – pelo menos não com a intenção de limitar soluções a casos concretos.

Enquanto a súmula pretende editar um enunciado genérico, o precedente não tem essa característica; ao contrário, muitas vezes determinar qual a parcela vinculante da decisão demanda esforços que não chegam a um resultado definitivo.

Segunda dicção legal, “o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente”<sup>338</sup>. A súmula, portanto, não é um precedente, mas dele pode decorrer e a ele estar conectada<sup>339</sup>.

Bem por isso que as súmulas podem ser calcadas em precedentes e para sua aplicação em casos futuros deve-se necessariamente verificar o contexto fático dos casos que lhe deram origem<sup>340</sup>. Assim estabelece o art. 926, §2º do CPC: “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Em que pese as particularidades apontadas sobre as súmulas vinculantes, não pairam dúvidas sobre seu poder vinculante, tal qual as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, por expressa norma constitucional, que além de prever o efeito vinculativo em toda a estrutura judiciária, também o amplia à administração pública.

No CPC as súmulas em geral, do STJ e STF, também são tratadas como possuidoras de efeito vinculante. Todavia, seu âmbito de vinculação é mais restrito, tanto judicial (porque só valem as súmulas editadas na matéria de competência de cada órgão julgador), quanto em relação à administração pública, para a qual exercem influência persuasiva.

---

<sup>337</sup> Castanheira Neves define que “o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe) – como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica”. CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra, 1983. p. 12.

<sup>338</sup> CRAMER, Ronaldo. A súmula e o sistema de precedentes no novo CPC. in: NUNES, Dierle; CASTRO, Aluisio Gonçalves de, JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>339</sup> “Os enunciados de súmula, assim, não são precedentes, mas, de acordo com a dicção legal, tais enunciados são criados a partir dos precedentes (ou, como se disse, de precedente e decisões posteriores, no mesmo sentido)”. MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 1.327-1.328.

<sup>340</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 309.

### 2.1.3 Incidente de assunção de competência

Ao inciso III do art. 927 do CPC, que dispõe sobre “os acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos”, também foi conferido força vinculante<sup>341</sup>.

Ambos os institutos, por vias diferentes, buscam a estabilidade dos entendimentos dos tribunais sobre questões que, por semelhanças fáticas, podem ser agasalhadas pelo texto legal.

O IAC não trata especificamente de questões de massa<sup>342</sup>, mas na prevenção para que novos assuntos com relevante questão de direito e repercussão social não gerem uma onda de processos nos tribunais. São questões que, mesmo que não se repitam corriqueiramente em outros processos, são consideradas relevantes para a ordem jurídica.

A possibilidade de instalação e processamento do IAC pode ocorrer em duas hipóteses. A primeira é o caso de envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social e sem necessidade repetição em múltiplos processos; a segunda é quando ocorrer relevante questão de direito que justifique a composição do entendimento pelo Tribunal. A questão de direito pode ser material ou processual.

A questão de direito com grande repercussão social é a que não tem importância somente para o caso concreto, mas também tem valor para a sociedade. É um assunto conspirado de grande relevo, como na área econômica, política, cultural.

O incidente de assunção de competência é uma forma de delegação a um órgão especial do Tribunal, que está localizado acima das câmaras fracionárias em matéria de competência, para definir o entendimento sobre determinada matéria.

A função precípua do IAC é preventiva, em processos com repercussão social expressiva, para dirimir divergência ou para resolvê-la. A redação do §4º do art. 947 do CPC deixa evidente o predicado: “aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante

---

<sup>341</sup> DIDIER, Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, 2.v.

<sup>342</sup> É o que se extrai do seu *caput*: “Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”.

questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”.

Constatada a divergência, pode o relator, de ofício ou a pedido de uma das partes, instalar o incidente para decidir a questão controvertida, buscando unidade no entendimento sobre a questão<sup>343</sup>. O IAC pode ser classificado como uma dinâmica diferenciada de julgamento, que ocorre por provocação dos seus legitimados ou de ofício pelo relator<sup>344</sup>.

No Recurso Especial 1.604.412/SC<sup>345</sup>, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça instalou IAC de ofício. Na ocasião, foi constatado divergência de posicionamentos entre as duas Turmas que compõem a Seção, atinente ao prazo da prescrição intercorrente na execução de título extrajudicial e a necessidade de intimação prévia do exequente.

O entendimento da Seção para processar o IAC foi de que a matéria prescricional é de relevante interesse social e trata de aplicação de norma cogente, o que justifica a instalação do incidente de ofício.

O IAC sempre será proposto no órgão colegiado apto a decidir controvérsia e pacificar a questão (§ 2º, art. 947, CPC) e sua decisão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários da área de competência do Tribunal. A possibilidade de manejo compreende os tribunais dos Estados, Federais e Superiores.

O Código de Processo Civil erigiu o incidente de assunção de competência à categoria de precedente qualificado. Mesmo que o método de formação da decisão não seja assemelhado à do precedente, após a publicação o IAC terá força vinculante<sup>346</sup>. Além disso, para o fortalecimento do incidente como precedente, o CPC prevê a possibilidade da utilização da Reclamação para o rápido questionamento em caso de desrespeito à decisão (IV, art. 988, CPC).

---

<sup>343</sup> Art. 947, §1º: “Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

<sup>344</sup> BECKER, Rodrigo Frantz; PEIXOTO, Marco Aurélio. O incidente de assunção de competência e sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista Conceito Jurídico**, n. 13, jan/2018.

<sup>345</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Incidente de Assunção de Competência no Recurso Especial n. 1.604.412/SC**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 23.02.2017.

<sup>346</sup> Art. 947, § 3º: “O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”.

Embora o IAC não seja um precedente igual ao formado no *common law*, porque de fato sua previsão decorre da lei, é preciso destacar que a decisão nasce do caso concreto<sup>347</sup>. Diferente de outras decisões que o CPC classificou como precedentes qualificados e com poder vinculante (súmulas, IRDR), a decisão do IAC não é apenas calcada na tese jurídica, mas decorrente da análise de um caso específico, de uma *ratio decidendi*<sup>348</sup>.

O IAC, portanto, serve para a formação do precedente qualificado que versa sobre questões com repercussão social evidente e atende o desejo de eliminar divergências entre órgãos julgadores que compõem os tribunais.

O incidente de assunção de competência objetiva, em última análise, a estabilização dos entendimentos jurisprudenciais, conectando-se com o IRDR na finalidade de unidade do direito<sup>349</sup>.

#### 2.1.4 Incidente de resolução de demandas repetitivas

Tivemos a oportunidade de falar que o crescente número de processos é um dos principais problemas que emperram a máquina judiciária. Duração razoável do processo é uma ideia que vem sendo perseguida há bastante tempo pelo legislador e pelo Judiciário, na tentativa de entregar de forma mais célere a solução de conflitos.

“Justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. A célebre frase cunhada por Rui Barbosa não deixou inerte o legislador, que vem buscando desde a

<sup>347</sup> “Esta técnica de julgamento, revelada na forma de incidente, expõe uma das facetas do novo CPC, consubstanciada na formação de precedentes. Ainda que não seja o método histórico de se criar um precedente, originado no direito anglo-saxão, certo é que o código pretendeu que assim fosse ao dispor que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”. BECKER, Rodrigo Frantz; PEIXOTO, Marco Aurélio. O incidente e assunção de competência e sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista Conceito Jurídico**, n. 13, jan/2018.

<sup>348</sup> Sobre o IAC como precedente qualificado: “É a única técnica vinculante, entre as outras do nosso sistema processual, em que há o julgamento de um caso concreto isolado (e não apenas formação de teses jurídicas), o que é condição *sine qua non* para a formação de um precedente [...] A característica que distingue o incidente de assunção de competência dos demais, a ponto de vê-lo mais próximo da linha de formação dos precedentes no sistema do *common law*, é que por meio dele se dá efetivamente e prioritariamente o julgamento de um caso específico e concreto, com a explicitação de uma *ratio decidendi*, o que não ocorre para a criação das súmulas vinculantes, das orientações jurisprudenciais, e até mesmo de decisão emanada de um incidente de resolução de demandas repetitivas”. SOARES, Marco José Porto. **Do incidente de assunção de competência**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/28789900/Do\\_Incidente\\_de\\_Assunção\\_de\\_Competência](https://www.academia.edu/28789900/Do_Incidente_de_Assunção_de_Competência)>. Acesso em julho/2019.

<sup>349</sup> “Quando a coroa está em risco, pela multiplicação de feito versando sobre determinada questão de direito, com potencial quebra da isonomia e da segurança jurídica, atua IRDR. À sua vez, o IAC protege a cara da moeda, sempre passível de ser comprometida pela existência de divergência em questão de direito com repercussão social, ainda que não replicadas em múltiplos processos”. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de et. al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 693.

Constituição 1946, quando se estabeleceu o efeito *erga omnes* das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, meios para efetivar suas decisões de forma mais ampla e irrestrita.

As Constituições fizeram mais, a de 1988, por exemplo, ampliou sensivelmente o rol de legitimados para as ações constitucionais, aumentando o número de decisões com comando para todos.

Sobre a legislação infraconstitucional, já falamos linhas atrás, que buscou-se uma série de procedimentos para aliviar o julgador da necessidade de enfrentar demandas semelhantes<sup>350</sup>.

O Código de Processo Civil de 73 bem tentou estabelecer procedimentos para o combate da litigiosidade repetitiva. André Vasconcelos Roque explica que a tentativa de resolver o volume de processos sempre teve um enredo em comum: i) através da seleção de casos representativos em que se discute a mesma questão; ii) suspensão dos processos de mesma matéria em trâmite; iii) resolução da questão representativa; e iv) aplicação da solução aos casos sobrestados<sup>351</sup>.

Os procedimentos se desenvolviam nos Tribunais Superiores, pelo que o CPC/2015, ao criar o incidente de resolução de demandas repetitivas, agiliza a análise da questão comum e prolata decisões vinculantes no âmbito dos tribunais dos Estados e Federais.

No caso do IRDR, a decisão dotada de efeito vinculante tem por objetivo ser aplicada como regra decisória para a resolução de uma multiplicidade de casos concretos. É evidente, portanto, que a criação do instituto tem relação com o alto número de processos que assolam o Poder Judiciário e está preocupado com a isonomia e igualdade na tomada de decisões.

O objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no art. 976 e seguintes do CPC, é “conferir um julgamento coletivo e abstrato sobre questões unicamente de direito abordadas nas demandas repetitivas, viabilizando a aplicação vinculada da tese

---

<sup>350</sup> Das inovações legislativas que citamos no tópico II, quando falamos dos Precedentes Qualificados, poderíamos acrescentar o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), a Ação Popular (Lei n. 4.717/1965) e a Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985).

<sup>351</sup> ROQUE, André Vasconcelos et. al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 835.

jurídica aos respectivos casos concretos. Com isso, procura-se, de uma só vez, atender aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual”<sup>352</sup>.

A efetiva repetição de processos é condição indispensável para a instauração do IRDR. Não basta que seja provável o aumento de processos sobre a matéria, a repetição da questão de direito deve ser atual e presente, possível de ser comprovada no instante do requerimento do incidente. Ausente o requisito da litigiosidade em série, pode haver requisito para instalação IAC, mas não do IRDR.

O IRDR somente poderá ser suscitado perante Tribunal de Justiça dos Estados e Distrito Federal ou Tribunal Regional Federal, e sua decisão vinculará e será aplicada a todos os processos existentes no raio de competência do respectivo tribunal. A vinculatividade da decisão no IRDR está prevista claramente também no art. 985 do CPC, inclusive quanto à aplicação às novas ações<sup>353</sup>.

O art. 928 do CPC equipara as decisões do IRDR ao julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivos, do mesmo modo que faz o inciso III do art. 927, isto porque os efeitos das decisões são os mesmos<sup>354</sup>. Tanto o IRDR quanto os recursos extraordinários e especiais repetitivos buscam evitar a proliferação de processos que tratem da mesma questão jurídica.

Mais que isso, a equiparação que o art. 928 do CPC faz aos dois modelos traz requisito negativo para o conhecimento do IRDR. Isto porque o §4º do art. 976 do CPC<sup>355</sup>, quando lido em conjunto com o art. 928, impede a instauração do incidente quando já afetado recurso para a definição da mesma tese nos Tribunais Superiores, que ocorrerá a partir da decisão de afetação do art. 1.037 do CPC.

---

<sup>352</sup> ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidade do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos do sistema decisório. **Revista de Processo**. vol. 240/2015, fev/2015, p. 221-242.

<sup>353</sup> “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – os casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986”.

<sup>354</sup> Enunciado 345 do FPPC: “o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”.

<sup>355</sup> “§ 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”.

Não há exigência de qual tipo de caso poderá ser selecionado para a análise da questão de direito pelo Tribunal. “No IRDR, o caso-amostra pode ser um recurso, reexame necessário ou uma ação de competência do Tribunal. Depois aplica-se o resultado do julgamento do caso-amostra [...] aos demais casos idênticos”<sup>356</sup>.

O caso indicado para servir de julgado paradigma pode ser analisado de modo distinto pelo órgão julgador.

Denomina-se na doutrina como caso-piloto o julgamento que vai analisar, além da tese jurídica, também o caso concreto, ou seja, após a apreciação da questão comum no IRDR, o grupo competente passará a deliberar sobre as questões particulares<sup>357</sup>.

Como procedimento-modelo, denomina-se o julgamento das questões comuns e a formulação da tese. A solução das questões particulares será resolvida no momento da aplicação da tese jurídica ao caso concreto, pelos juízos competentes na análise dos processos afetados<sup>358</sup>.

A regra geral é que sempre haverá o julgamento da tese, independente do julgamento do mérito. Eventualmente é possível proceder ao julgamento de mérito. Em nosso entender, isto define mais a sua natureza jurídica do mecanismo utilizado. Mas não se imagina que a tese pode ser fixada sem os horizontes do caso concreto. Não se pode abstrair para a mera enunciação de uma tese.

As teses jurídicas apontadas nos repetitivos não se confundem com a *ratio decidendi*, portanto. Embora o CPC alerte, em mais de uma passagem, que para a edição do precedente devem ser observadas as circunstâncias fáticas que o motivou (*ratio*), as teses jurídicas lançadas no julgamento dos repetitivos tendem a ignorar esse comando. Melhor seria que a teses levassem mais em consideração os motivos que determinaram a decisão.

---

<sup>356</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2.v. p. 746.

<sup>357</sup> Defendem este método de decisão, por exemplo: CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 479 e DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2016, v.3. p. 594-595.

<sup>358</sup> Esse método é bem defendido por TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 65.

Isto porque os enunciados genéricos só garantem a utilização da tese em casos extremamente iguais, o que encurta a potencial de uso do precedente. Na aplicação da tese aos casos pendentes, será possível realizar nova análise do precedente, reescrevendo seu alcance quando possível.

É compreensível que o legislador tenha criado mecanismo para combater o excessivo volume de processos. Ainda mais justificado que o Judiciário faça uso das decisões vinculante para enfrentar o contingente processual. Nossa crítica reside na forma de aplicação, que poderia ser maximizada pelo uso da *ratio decidendi*, inclusive para casos que não possuam semelhança fática tão evidente. As teses são uma ótima ferramenta de pesquisa, mas não são modelos de decisão para precedentes.

Entendemos que o procedimento-modelo é o que mais se assemelha às formas de decisões atuais, em IRDR ou em extraordinários e especiais repetitivos. Neste caso, pode haver uma convivência harmônica das teses e da *ratio decidendi* como forma de aplicação de precedentes. Trabalhando em complementariedade, pode-se pensar na elaboração de um enunciado geral no julgamento da tese, objetivando sua aplicação imediata para os casos idênticos, bem como sua extensão para casos semelhantes, que não possuem os mesmos fatos, mas que seja possível atingir no confronto dos casos concretos pelos motivos determinantes<sup>359</sup>.

Marinoni explica com clareza:

No incidente de resolução há decisão de questão; há coisa julgada *erga omnes*. Não há motivo para pensar em tese ou em fundamentos determinantes da decisão quando o que se tem é decisão de *questão idêntica*. A decisão de uma mesma questão ou de uma questão idêntica gera a impossibilidade de relitigá-la e não a regulação de casos por meio da consideração da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes, que conferem ampla latitude ao juiz do caso para dizê-lo capazes de regulá-lo ou não. Aliás, nem mesmo é possível associar “tese” com “fundamentos

---

<sup>359</sup> Em recente análise sobre a fixação das teses nos repetitivos, Teresa Arruda Alvim defendeu que “[...] quando um recurso representativo da controvérsia é afetado para ser julgado no regime dos repetitivos, gerando o acórdão de mérito, que vincula os demais, a procura da *ratio* é desnecessária para indicar quais casos devem se submeter ao recurso julgado como paradigma: porque serão só os casos idênticos [...] Procurar a *ratio* é um trabalho que se faz a posteriori: depois que o acórdão foi proferido, procura-se a sua *ratio*, para se saber quais situações só podem ser decididas à luz daquela mesma *ratio* [...] Esta técnica, da formulação de teses que se assemelham a normas jurídicas, a nosso ver, deve ser utilizada, porque produz bons resultados, no julgamento dos repetitivos. ARRUDA ALVIM, Teresa. **STJ acerta ao fixar tese antes de julgar recuso repetitivo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/teresa-arruda-alvim-stj-acerta-fixar-tese-antes-julgar-repetitivo>>. Acesso em 11 de julho de 2019.

determinantes”. Num sistema de precedentes não há apenas fundamentos determinantes ou *ratio decidendi*. Essa deve ser identificada na fundamentação da decisão, exigindo o confronto dos fatos do caso com as razões adotadas pela maioria do colegiado para decidir. “Tese”, contudo, nada mais é do que o enunciado do resultado da interpretação levada a efeito pela Corte<sup>360</sup>.

Presente o requisito da repetição de processos, o inciso I do art. 976 do CPC exige também que a controvérsia gire sobre questão unicamente de direito.

A questão de fato e questão de direito devem ser adotadas como visão processual. O juiz julga a questão de fato baseado no que é produzido pelas partes na fase probatória, ao passo que decide a questão de direito pela experiência e conhecimento que possui da lei (*jura novit curia*)<sup>361</sup>.

No campo da dogmática, não pode ser vista como absoluta, porque a questão de direito, neste campo, nunca pode prescindir da questão de fato<sup>362</sup>.

Georges Abboud entende que:

[...] a distinção entre questão de fato e questão de direito não deve mais ser vista como a possibilidade de existirem de forma autônoma e totalmente independentes uma questão de fato e uma questão de direito, porquanto elas coexistem de forma recíproca na solução de um caso concreto. Elas são cooriginárias<sup>363</sup>.

Concordamos, pois, que nenhuma questão pode ser unicamente de direito ou de fato. Quando a lei fala em questão de direito, entendemos que ela se refere a uma questão jurídica a ser resolvida e que se repete em inúmeros processos. Sabemos que é a questão jurídica que será resolvida, mas deve haver também um padrão fático, caso contrário não seria possível falar em casos repetitivos<sup>364</sup>.

<sup>360</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 72.

<sup>361</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5.ed. São Paulo: Calouste Gulbenkian, parte II, cap. III, 1996. p. 433.

<sup>362</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Questão de fato – questão-de-direito: ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma exposição crítica**. Coimbra: Almedina, 1967.

<sup>363</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 220.

<sup>364</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2.v. p. 747.

A preocupação do IRDR é com questões idênticas que devem receber a aplicação da mesma decisão. Quando o art. 976 do CPC fez alusão a questão unicamente de direito, não nos parece que o objetivo seja impedir as discussões de direito que repousem sobre fatos, mas obstar o incidente que demande elucidação de matéria fática. Os fatos devem ser incontroversos, porque o incidente rejeita a investigação probatória<sup>365</sup>.

Creemos que a melhor forma de ler o inciso I do art. 976 do CPC, é estabelecer um sentido amplo, no qual não caibam limitações às matérias passíveis de gerar a instalação do IRDR.

O inciso II do art. 976 do CPC, impõe como terceiro requisito, a existência de ofensa à isonomia e à segurança jurídica para justificar a instauração do IRDR.

A criação do incidente tem, em última análise, o objetivo de evitar decisões destoantes, preservando a isonomia de tratamento para casos com identidade material ou processual. Para tanto, exigir que o IRDR seja instaurado somente com a prova da dissonância de decisões sobre a matéria que se pretende pacificar, não cumpre com seu objeto<sup>366</sup>.

Concordamos com a afirmação de que a existência de processos envolvendo a mesma questão, por si só, pressupõe risco de ofensa à isonomia ou à segurança jurídica<sup>367</sup>. Não é preciso que seja visível a oscilação nas decisões para justificar o IRDR, mesmo porque o intuito do código é prevenir decisões conflitantes e não somente agir na correção.

Além do que, como último fundamento sobre a condição de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, a lei não faz imposição para que a divergência de decisões seja demonstrada de início.

Não desconhecemos a realidade e sabemos que, na prática, dificilmente um incidente de resolução de demandas repetitivas será instaurado sem que haja decisões conflitantes sobre a mesma matéria. A discordância sobre a matéria e a jurisprudência conflitiva chamarão a

---

<sup>365</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 53-54.

<sup>366</sup> DANTAS, Bruno. Comentários ao art. 976. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.426-2.427.

<sup>367</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 63.

atenção para a necessidade de instauração do incidente<sup>368</sup>. Todavia, reafirmamos que a lei não impôs a existência de julgados divergentes como condição de processamento do IRDR.

Quanto à vinculação, a solução obtida no IRDR será aplicável aos processos idênticos que se encontram na área de competência dos tribunais dos Estados e Distrito Federal, bem como aos TRFs, aos processos suspensos e os que futuramente tiverem identidade de matéria (idêntica questão de direito)<sup>369</sup>.

As decisões em IRDR serão de vinculação obrigatória para toda a área de competência do tribunal que a prolatou<sup>370</sup>. O CPC, com o intento de conferir maior aderência às decisões em IRDR, apontou a Reclamação como remédio para corrigir o descumprimento da decisão, prevista tanto no §1º do art. 985, quanto no inciso IV do art. 988.

A decisão tomada em IRDR é passível de superação (art. 986, CPC) e seus efeitos poderão deixar de ser aplicados mediante a comprovação distinção dos casos, cujo remédio entendemos ser a Reclamação.

Não nos parece ser inteiramente verdadeira a crítica de que o IRDR impediria a evolução do direito. Embora a tese seja de aplicação imediata, os casos que não se encaixam na solução, poderão receber o selo do *distinguishing* e contornar a tese jurídica.

---

<sup>368</sup> Entendimento em sentido contrário parte dos seguintes fundamentos: “Seria mais adequado prever o incidente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente, seria mais adequado haver de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado sentenças rejeitando a mesma solução. Seria, enfim, salutar a controvérsia já disseminada para que, então, fosse cabível o referido incidente. Dever-se-ia, na verdade, estabelecer como requisito para instauração de tal incidente a existência de prévia controvérsia sobre o assunto”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, vol. 193, mar./2011. p. 262.

<sup>369</sup> “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986”.

<sup>370</sup> Sobre os efeitos impositivos no acórdão de mérito do IRDR: “(i) panprocessual, alcançando os sujeitos das demandas repetitivas onde venha agitada a tese jurídica ali firmada; (ii) em sentido vertical, vinculando juízes e tribunais em todo o país, no que toca à aplicação do entendimento assentado sobre a vexata quaestio; (iii) em sentido horizontal, abrangendo as parcelas ou frações do tribunal e os órgãos judiciais de um mesmo ramo da Justiça estatal; (iv) em sentido extraprocessual, ao projetar-se em face da Administração Pública, quando a questão de direito concernir a ‘prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado [...]’; (v) em dimensão atemporal, já que a tese jurídica fixada ao cabo do incidente tem eficácia bidimensional, assim em face dos processos pendentes como aqueles que futuramente venham a ser ajuizadas”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 193.

É preciso destacar a objetivação do incidente de resolução de demandas repetitivas. A preocupação é mais com a tese paradigma do que com o direito particular propriamente discutido no caso afetado para análise. Tanto é assim que mesmo na hipótese de desistência ou abandono do processo não impedirá o exame do mérito (§ 1º, art. 976, CPC).

Isto porque “o legislador partiu da premissa de que o incidente não estaria a resolver questões da titularidade dos litigantes das demandas repetitivas, mas simplesmente abrir oportunidade à elaboração de precedente obrigatório (art. 927, III, do CPC/2015) sobre questão de direito – curiosamente do interesse dos litigantes excluídos”<sup>371</sup>.

Somos sensíveis e não desmerecemos as abalizadas críticas que partem da doutrina quanto aos problemas estruturais e de competência do IRDR<sup>372</sup>. Tratar desses assuntos nesse estudo, por aprofundados que são, certamente desviaria o foco. O teste do incidente nos tribunais dirá se as opções adotadas pelo legislador trarão o efeito desejado para o combate à litigiosidade de massa.

#### 2.1.5 Orientações do plenário ou órgão especial

Embora o Código de Processo Civil tenha se preocupado mais com as decisões vinculantes dos tribunais superiores, os pronunciamentos realizados pelos tribunais de passagem – Estaduais e Federais –, também tem a condição de vincular.

O incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência são dois bons exemplos que decisões desses tribunais tem poder vinculante, sobre os quais já tratamos.

Mas o CPC não ficou somente nestes exemplos. Também está erigido à condição de precedente vinculante as decisões do plenário ou órgão especial ao qual estiverem vinculados.

No âmbito da competência dos tribunais dos Estados e Federais, as decisões de seus órgãos máximos, dentro de sua competência e territorialidade, devem ser seguidas tanto pelo tribunal que as emitiu, quando pelos juízos hierarquicamente inferiores.

---

<sup>371</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 41.

<sup>372</sup> Para uma boa visão das mencionadas críticas ver: ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**, v. 240, fev./2015. p. 221-242.

A ideia de vinculação estabelecida no inciso V leva em consideração um sistema piramidal, em que o órgão menor na estrutura está vinculado ao precedente do órgão maior, gerando um dever de uniformização, para que os entendimentos daquele sempre estejam em consonância com as decisões do órgão de hierarquia superior. Além do que o inciso estabelece que juízes também estarão vinculados às decisões de seus tribunais<sup>373</sup>.

Para Lucas Buril de Macêdo:

Com a regra de que os juízes de primeiro grau vinculam-se ao pleno ou órgão especial de tribunal intermediário que integram e também à Corte Especial do STJ e ao Pleno do STF, tem-se uma efetiva proteção da segurança jurídica, tornando o art. 927, V, do CPC material suficiente para a caracterização do *stare decisis*, que é uma imposição contemporânea dos princípios constitucionais da segurança jurídica, igualdade e eficiência<sup>374</sup>.

A impossibilidade de uso imediato da Reclamação como meio de questionamento das decisões não desnatura a decisões do inciso V como vinculante. O uso da Reclamação, em que pese fortaleça a vinculação do precedente, não o caracteriza por si só.

Não concordamos inteiramente com as opiniões de parte da doutrina<sup>375</sup> que apontam as decisões do inciso V como meramente persuasivas, porque contra elas não pode ser utilizada a Reclamação.

Embora em graus de vinculatividade diversos (veremos essas distinções logo a seguir), o art. 927 do CPC não fez distinção quanto à vinculação de cada pronunciamento em seus incisos. Tratou de certa forma todos iguais, servindo a Reclamação como instrumento de questionamento mais célere para alguns deles, mas não significa dizer que não devem ser observados.

Ocorrendo, todavia, incompatibilidade das decisões dos tribunais de 2º Grau com as do STJ e STF, parece lógico concluir que aquelas perderão sua capacidade de vinculação.

---

<sup>373</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 364.

<sup>374</sup> MACÊDO, op. cit., p. 364.

<sup>375</sup> Sustentando que o inciso V do art. 927 não é precedente vinculante: MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 1.346-1.347 e CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 434.

### 2.1.6 Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida

Dissemos no início deste capítulo que os precedentes no art. 927 do CPC são gênero, do qual seus incisos seriam espécies de precedentes. Pudemos analisar e verificar que os tipos decisórios contidos no mencionado artigo não são precedentes propriamente ditos, porque suas técnicas de formação e sua aplicação não correspondem ao modelo de precedente do *common law*.

Nossa ótica é que o código elencou algumas decisões que julgou mais importantes para a operabilidade do sistema e concedeu a elas força vinculante, a fim de racionalizar o sistema.

Isto não quer dizer que as decisões com eficácia vinculante caibam todas no art. 927 do CPC. Seu rol é exemplificativo.

Uma hipótese não prevista no art. 927, mas que entendemos, deva ser considerada como precedente qualificado, são os casos julgados pela sistemática da repercussão geral. Os julgamentos realizados por esta modalidade devem ter seu caráter vinculante reconhecido, notadamente pela possibilidade de manejo da Reclamação, nos termos do disposto no artigo 988, §5º, do Código de Processo Civil<sup>376</sup>.

A repercussão geral possui previsão constitucional, mais especificamente no art. 102, § 3º, da Constituição da República e é responsável por estabelecer uma filtragem ao recurso extraordinário, tornando possível a análise de seu mérito, na hipótese de verificar-se a presença de questão constitucional<sup>377</sup>.

A função da repercussão geral é possibilitar a escolha de recursos a partir de critérios bem definidos que devem tramitar perante o Supremo Tribunal Federal, possibilitando o mister da entrega de unidade ao direito através da interpretação do texto constitucional<sup>378</sup>.

---

<sup>376</sup> “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: § 5º É inadmissível a reclamação: [...] 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”.

<sup>377</sup> WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 102-103.

<sup>378</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 306-307.

Em virtude da questão constitucional com repercussão geral possuir, necessariamente, indispensável valor à sociedade e ao estado de direito, a decisão que a enfrenta assume diferente *status*, pelo que é impossível dissociar técnica de solução de casos à ausência de efeito vinculante.

Tal qual porque, é ilógico pensar que o Supremo Tribunal Federal se prestaria a selecionar situações constitucionais qualificadas pela relevância e transcendência e ainda assim tais questões recebessem tratamento diferente por juízes e tribunais<sup>379</sup>.

Não bastasse isso, a relevância e transcendência da repercussão geral não se dá, unicamente, pela pessoa do relator, mas por um quórum qualificado de 08 (oito) ministros<sup>380</sup>, o mesmo quórum para aprovação de súmula vinculante, prestigiando o princípio da colegialidade e legitimando ainda mais a qualificação dos acórdãos firmados em repercussão geral como precedentes qualificados.

E mesmo que o legislador não tenha estabelecido os acórdãos firmados em sede de repercussão geral no rol do artigo 927, o relevante valor constitucional somado à possibilidade de manejo da Reclamação como forma de garantia da decisão, nos parecem requisitos suficientes para qualificá-lo como precedente qualificado adotado pelo direito brasileiro.

A repercussão geral ganha um importante protagonismo na luta pela manutenção da unidade do direito, tendo em conta que os acórdãos proferidos sob sua sistemática, sobretudo em virtude da possibilidade de manejo da Reclamação, são erigidos à condição de precedente qualificado.

Ademais, antes mesmo de alguns precedentes do art. 927 receberem o adjetivo de qualificados, são afetados pela repercussão geral, caso da súmula vinculante e dos recursos repetitivos, que antes devem atender ao requisito da repercussão geral para depois receberem o decalque de precedentes<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> MARINONI, op. cit. p. 307.

<sup>380</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. in NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>381</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 78.

Neste sentido, percebe-se, pela amplitude sistêmica criada pelo Código de Processo Civil de 2015, a possibilidade de interpretar os acórdãos proferidos sob a sistemática da repercussão geral como precedentes obrigatórios ou formalmente vinculantes, ampliando o espectro de aplicação do rol do artigo 927.

## 2.2 Precedentes e jurisprudência: uma distinção necessária

Jurisprudência e precedentes não se assemelham. Muito embora os termos sejam usados corriqueiramente como sinônimos, possuem diferenças que merecem destaque. No particular, precedente diferencia-se de jurisprudência.

Existe, em primeiro plano, como define Taruffo<sup>382</sup>, uma distinção quantitativa. Jurisprudência é decisão plurívoca<sup>383</sup> e, no sentido mais atual, representa um conjunto de decisões sobre o mesmo tema. Quando se fala em precedente, se fala em decisão particular.

Precedente está ligado à resolução de um caso concreto e é extraído ao final de um raciocínio dedutivo, do geral para o particular, numa espécie de silogismo. A jurisprudência segue outra dinâmica, é formada de modo indutivo por uma coletânea de acórdãos harmônicos, que na sua corrente de reiteração, estabelece um entendimento<sup>384</sup>.

Quando se fala em precedente, se refere àquela razão de decidir (motivo determinante) constante em determinada decisão que pode servir de base para casos futuros. É o *leading case* onde se determina que a questão ficou resolvida e pode servir de paradigma para casos futuros. Não é simplesmente um conjunto de decisões, mas uma decisão que estabelece um princípio que transcende o caso concreto<sup>385</sup>.

No direito brasileiro a característica da quantidade é bastante perceptível. Normalmente, até pela nossa tradição, as decisões judiciais são fundamentadas pela jurisprudência. São citados vários julgados de tribunais sem o compromisso em identificar a decisão base que deu origem às demais e sem o cuidado em delinear seus motivos determinantes (*ratio decidendi*).

---

<sup>382</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**. vol. 199/2011, set/2011. p. 139-155.

<sup>383</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5.ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013. p. 25.

<sup>384</sup> MANCUSO, op. cit. p. 438.

<sup>385</sup> OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de et. al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 579.

Taruffo faz a crítica de que o método de aplicação da jurisprudência causa confusão inclusive com os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Como as ementas são criadas com pouco cuidado na elaboração de seu conteúdo, um argumento lateral e de pouca relevância (*obiter*) pode ser alçado à categoria de *ratio decidendi*<sup>386</sup>.

Por isso, há também uma diferença qualitativa entre jurisprudência e precedente. No caso do precedente, a estrutura do raciocínio jurídico é voltada para os fatos. Somente através de uma análise criteriosa do caso concreto será possível estabelecer similaridade fática para aplicar o precedente a uma decisão atual. Nessa condição, um único precedente é suficiente<sup>387</sup>.

Com a jurisprudência, a análise dos fatos é relegada a segundo plano. Por isso que determinadas decisões jurisprudenciais acabam assumindo uma característica mais genérica<sup>388</sup>. O intérprete ou aplicador acaba ficando adstrito apenas pelo enunciado, desconsiderando o teor da decisão.

O poder da jurisprudência (persuasivo para nós), portanto, tem muito mais relação com a quantidade de decisões tomadas no mesmo sentido do que com a qualidade das suas razões. Este último tem conexão com o precedente, porque de uma única decisão, pode-se estabelecer em cadeia as demais<sup>389</sup>.

### 2.3 Carga vinculante dos precedentes qualificados

Pelo que expusemos até aqui, não parece haver dúvidas de que a vinculação do precedente ocorre através da *ratio decidendi*. Os motivos determinantes – termo mais usado

<sup>386</sup> No original: “Una máxima puede corresponder a cualquier afirmación jurídica que el tribunal haya empleado en su decisión, aun si esa afirmación es meramente un obiter dictum en el contexto del razonamiento del tribunal. Puede suceder, por tanto, que una afirmación se use con precedente incluso si no fué la base real de la sentencia previa. Por otra parte, cuando se lee una máxima, no se sabe si realmente corresponde a la ratio decidendi del caso, y no se sabe qué conexión existe – si existe alguna – con hechos del caso”. TARUFFO, Michele. **El precedente en Italia, Páginas sobre justicia civil**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009. p. 575.

<sup>387</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**. vol. 199/2011, set/2011. p. 139-155.

<sup>388</sup> “A jurisprudência deve passar a ser considerada na fundamentação de decisões judiciais quando se torna constate e uniforme. Quanto maior o nível de uniformidade dos julgados que a formaram, mais força persuasiva terá a jurisprudência”. MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 1.327.

<sup>389</sup> “A jurisprudência, como se disse, é formada por julgados. Cada um desses julgados isolados, são decisões que resolvem casos. Algumas decisões podem se destacar, por tratar do assunto de modo peculiar, mais aprofundado e contundente, e por ter sido a primeira, ou a mais expressiva entre as primeiras decisões que abordam o tema. Quando um julgado assume tal relevância, sendo como tal reconhecido em decisões posteriores, diz-se que tal decisão é um precedente”. MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 1.327.

no Brasil –, a razão da tomada de decisão, é o que vincula e pode ser usado como paradigma frente a outros casos concretos. Mais do que uma similitude de fatos, o uso apropriado da *holding* tem a condição de ampliar a extensão do julgado vinculante para além de casos repetitivos.

Não é exagerado dizer que o trato com precedentes no Brasil não alcançou os padrões que a doutrina e a hermenêutica jurídica impõe para decisões da espécie. Há que se admitir uma deficiência e um modo simplificado de invocar casos análogos para justificar a solução de casos.

Talvez porque, influenciado pelo sistema jurídico essencialmente dogmático, no qual a aplicação tradicional busca na lei, geral e abstrata, uma decisão silogística em que se parte da premissa maior (lei), para um raciocínio puramente dedutivo, com o objeto de encontrar uma decisão necessariamente certa<sup>390</sup>.

De fato, a legislação sempre ocupou o papel central na vinculação ao direito no Brasil. A jurisprudência sempre foi tratada como fonte secundária. A função do juiz era quase que declarar o direito contido na lei<sup>391</sup>.

Eis aqui um ponto de distanciamento entre nosso regime jurídico (*civil law*) e o *common law*, que recai propriamente na forma de decidir. No modelo romano-germânico, o caso concreto não serve de razão para decidir, mas como argumento abstrato e universal. Igualmente, a jurisprudência, de forma tradicional, não é considerada obrigatório e vinculante, mas persuasiva. Por outro lado, no sistema anglo-saxão, berço dos precedentes, o caso decidido fornece argumentos obrigatórios e vinculante para a solução dos novos<sup>392</sup>.

---

<sup>390</sup> FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x Tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 265/2017, mar/2017. p. 419-441.

<sup>391</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 73.

<sup>392</sup> Em complemento: “a) em primeiro lugar, no direito romano o caso concreto nunca servia como fundamento de uma sentença particular, mas apenas contribuía como elemento de origem de uma norma editalícia, norma que era abstrata e universal; b) em segundo lugar, a jurisprudência assentada em caso concreto, jamais foi obrigatória. De sua parte, o *common law* inglês, o *case law*, que por certo, é singular, fornece um precedente obrigatório para os demais casos semelhantes e supervenientes. A razão grega está na base da atitude romana, apesar de que esta era mais pragmática. A razão inglesa será diferente; foi escrava da experiência. Valendo-nos de uma metáfora, diríamos que o juiz inglês buscava a solução bastante com a mão, com a qual só podia pegar um caso concreto, enquanto que com o romano, a solução passava pela razão, com uma grande apetência de universalidade, que só poderia ser dada pela norma (seja da lei surgida da primeira assembleia) ou da regra (em forma de édito do pretor) ou da resposta do jurisconsulto”. GHIRARDI, Olsen A. **Common Law & Civil Law**.

Para Ghirardi, o raciocínio no direito romano tende a ser dedutivo, porque o pensamento indutivo tem espaço na fase pré-conflito, na busca da norma geral; no *common law* o raciocínio indutivo se justifica mais facilmente, porquanto não há lei prévia, mas o caso concreto com suas particularidades. No *common law* o intérprete/aplicador parte do caso singular e concreto para realizar a indução na busca do precedente, enquanto que no *civil law* parte-se de uma norma edilícia (geral e abstrata), em que o raciocínio baseia-se na dedução das normas<sup>393</sup>.

Pensamos que para a adoção de um sistema de precedentes tal qual imaginado no CPC, é preciso romper com a forma silogística tradicional de aplicação do direito. E o primeiro passo parece ter sido dado com as alterações normativas no CPC.

Não cabe aqui renovar a crítica feita aos métodos de interpretação realizadas no Capítulo 1. Norma não se confunde com texto, esta é produto da interpretação<sup>394</sup>. No dizer de Lênio Streck: “cada interpretação é uma nova interpretação. Cada texto jurídico gera novos sentidos”<sup>395</sup>. Neste tópico nosso raciocínio já parte dessa ideia.

Aplicar precedentes não é o mesmo que invocar jurisprudência. As decisões com caráter vinculante editadas pelo CPC não serão peça de argumentação adicional à sentença, serão elas a própria razão de decidir. Segundo Taís Schilling Ferraz

aplicar precedente não é o mesmo que referir jurisprudência, exemplificando como casos anteriores foram decididos; é julgar com base na *rule* construída para a solução de um caso anterior, adotando-a como a própria razão de decidir<sup>396</sup>.

---

Córdoba: Advocatus, 2007. p. 31. Em sentido diferente, buscando desmistificar a insularidade do direito inglês e afirmando que, na fase clássica, tanto os juristas do direito romano quanto os *common lawyers* realizavam a análise *from case to case* ver: ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. **O mito da insularidade do common law inglês**. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-89-o-mito-da-insularidade-do-common-law-ingles>>. Acesso em jun. 2019.

<sup>393</sup> “Ressaltamos, ademais, que no common law, a atitude lógica é indutiva: a busca do precedente, que conduz o juiz de caso em caso até dar com o que corresponde. É dizer, seu ponto de partida é o singular e concreto (uma sentença) e não o geral e abstrato (lei ou norma edilícia). O sistema do common law se vale primordialmente da experiência para ditar a sentença do caso concreto (norma singular) ainda que em cada precedente exista insito um princípio, que se trata de seguir. Em ambos os casos a lógica rege o pensar jurídico: no sistema codificado predomina a dedução (a partir das normas) e no sistema do common law, a indução (na busca do precedente)”. GHIRARDI, op. cit., p. 33-34.

<sup>394</sup> “Os juízes e os juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 174.

<sup>395</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise**. 7.ed. Porto Alegre, 2007. p. 18.

<sup>396</sup> FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x Tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 265/2017, mar/2017. p. 419-441.

Também já tivemos a oportunidade de dizer no Capítulo 1 que precedentes são criadores de complexidade. Precedentes não são decisões genéricas e abstratas, antes são singulares e concretas. Trabalhar com precedentes é construir uma norma aplicável a cada decisão.

Interpretar precedentes e estabelecer seu alcance para casos futuros não é tarefa fácil mesmo no *common law*, o que torna inadmissível pensar numa aplicação simplista dos precedentes na sistemática brasileira. A aplicação dos precedentes exige a resolução do caso aqui e agora. O precedente não é uma regra abstrata, mas intimamente ligada ao caso que lhe deu origem<sup>397</sup>.

Compreendemos também em nosso estudo pretérito, que não existe grau zero na interpretação<sup>398</sup>. A aplicação de precedentes deve considerar uma identidade com o passado e com o caso presente. Por isso que a *ratio decidendi* não se baseia somente nas características fáticas. Antes disso, é preciso encontrar a regra do precedente, este princípio cuja força gravitacional<sup>399</sup> encontrará diálogo com o novo caso a ser julgado.

Dizer que não existe grau zero a cada novo caso concreto é também afastar o individualismo das decisões judiciais. O juiz que parte de um ponto de vista estritamente individual e sem considerar precedentes anteriores dificilmente terá compromisso com a coerência e previsibilidade das decisões. O dever de considerar o que foi decidido no passado permite transpormos a fronteira do individualismo nas decisões judiciais para um modelo institucional<sup>400</sup>.

Esses questionamentos são feitos por Frederick Schauer ao problematizar se as decisões podem ser controladas pelo passado e responsáveis pelo futuro. E até que ponto vai a força do elo vinculante.

---

<sup>397</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70.

<sup>398</sup> “Quando se faz uma experiência, significa que a possuímos. A partir desse momento, o que era inesperado passa a ser previsto. Uma mesma coisa não pode voltar a converter-se para nós numa experiência nova. Somente um novo fato inesperado pode proporcionar uma nova experiência a quem já possui experiência. [...] Aquele que experimenta torna-se um experimentador: ganhou um novo horizonte dentro do qual algo pode converter-se para ele em experiência”. GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método I**. 6.ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 462-463.

<sup>399</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 174-191.

<sup>400</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 91.

Para Schauer, a perspectiva tradicional dos precedentes reside no apoio de um precedente do passado para justificar uma decisão atual. Mas, um sistema de precedentes tem o poder de comprometer o futuro, de acordo com as palavras do julgador anterior? O autor enxerga o precedente como norma, ou seja, se o argumento na decisão precedente é válido, ele deve ser respeitado pelo julgador do futuro. Mas para que haja a vinculação é preciso de “[...] algum modo averiguar se um evento pretérito é suficiente similar ao fato presente que justifique a equiparação dos dois acontecimentos”<sup>401</sup>.

Schauer entende que devemos “deixar o reino da identidade absoluta”. Esta afirmação ganha relevo, na medida em que um precedente será relevante dependendo da forma que caracterizarmos os fatos anteriores. E defende uma teoria de organização baseada em regras de relevância<sup>402</sup>, que busca distinguir o precedente de algo irrelevante.

Para o autor o poder de vinculação do precedente resulta nessa capacidade de assimilar a regra do precedente pelo julgador do futuro no momento de encaixar os fatos atuais. Ou seja, “a tarefa de uma teoria dos precedentes é explicar, em um mundo no qual um único evento pode se enquadrar em várias categorias diferentes, como e porque algumas semelhanças são plausíveis e outras não”<sup>403</sup>.

Portanto, é importante estabelecer em que medida a linguagem utilizada num certo precedente tem o poder de vincular os intérpretes dos casos futuros. Quanto maior a generalidade, mais as amarras do precedente serão substanciais. Quanto maior o grupo de casos, mais restrito será a possibilidade de tratar todos igualmente<sup>404</sup>.

Nosso modelo clássico de decisão judicial tem basicamente os seguintes passos: identificação das questões jurídicas controvertidas, especificação das normas legais aplicáveis (constitucionais e infra constitucionais), subsunção dos fatos às normas e decisão. Tudo isso

---

<sup>401</sup> SCHAUER, Frederick. Precedente. in: DIDIER, Fredie Jr. et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 50-55.

<sup>402</sup> Um caso envolvendo a disputa pela indenização de bateadeiras, embora anedótico, descreve o que Schauer entende por regras de relevância: “There is a story of a Vermont justice of the peace before whom a suit was brought by one farmer against another for breaking a churn. The justice took time to consider, and then said that he has looked through the statutes and could find nothing about churns, and gave judgment for the defendant”. HOMES, Oliver Wendell Jr. **The Path Of The Law**. The floating press, 2009. p. 34. Para Schauer, no precedente devem haver regras e estas dependem do contexto, por isso deve haver uma categoria onde seja possível encaixar o precedente aos fatos atuais. SCHAUER, op. cit., p. 57-58.

<sup>403</sup> SCHAUER, op. cit., p. 58.

<sup>404</sup> SCHAUER, op. cit., p. 71.

normalmente acompanhado de algum julgado (somente a ementa)<sup>405</sup>, como forma de fortalecer o argumento jurídico<sup>406</sup>.

Thomas da Rosa de Bustamante em artigo buscando analisar o modelo de decisão baseado em precedentes, explica que o comum é o operador do direito buscar apenas as conclusões do julgado, ignorando as argumentações da Corte que o emanou<sup>407</sup>.

É preciso mais do que isso para a formação de um sistema afetado por precedentes. Buscando o caso que se pretende usar como razão de decidir, deve-se buscar “o princípio jurídico aplicável, examina-se a sua origem, a sua evolução, as transformações que sofreu, as leis que o acolhem, a sua aplicação nas cortes estaduais e federais”. Além disso,

é nesse momento que também se exercita a arte do *distinguishing*, distinguindo-se os precedentes onde aquele mesmo princípio estava em jogo, mas em que os fatos relevantes apresentam diferenças marcantes a ponto de justificar a não observância do precedente.

Portanto, “invocam-se não somente argumentos jurídicos, mas também fundamentos extrajurídicos, inclusive razões de ordem social, filosófica e de justiça, a fim de interpretar o alcance do princípio e chegar-se à decisão de aplicá-lo ou não”<sup>408</sup>.

Compreendido o ponto da interpretação e aplicação de decisões para o estabelecimento e evolução do sistema de precedentes, é imperioso saber qual a carga de vinculatividade que eles exercem no sistema processual brasileiro.

---

<sup>405</sup> Maurício Ramires tem ácida crítica quanto a forma de decisão baseada na jurisprudência: “Só assim é possível que alguém pretenda fundamentar uma decisão fazendo uma dedução simples entre o caso presente e as razões usadas para decidir um caso passado. A jurisprudência é tida por ‘fonte do direito’, ao lado da lei, dos costumes e dos ‘princípios gerais’. Ementas e verbetes extraídos dos julgados pretéritos são aceitas como ‘universais’. Assim, basta amarrar o particular em um desses universais e se tem a aparência de uma conclusão científica: cria-se o ‘método jurisprudencial’. E, se a menção isolada de um texto de lei é uma fundamentação deficiente, pouco há a dizer de uma decisão que simplesmente se ancora em um ou mais verbetes jurisprudenciais, citando-os como se trouxessem a solução invencível do caso jurídico presente. Tanto mais quando se trabalha em um sistema jurídico que conhece precedentes diretamente contrários entre si, não raro no mesmo tribunal”. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

<sup>406</sup> FERRAZ, Tais Schilling. Ratio decidendi x Tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 265/2017, mar/2017. p. 419-441.

<sup>407</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. in: DIDIER, Fredie et. al. **Precedentes judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015, *passim*.

<sup>408</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. A sentença em perspectiva comparada: estilos norte-americano, francês e italiano em confronto. **Revista de Processo**. vol. 235/2014, set/2014. p. 407-434.

Classificar precedentes pelo grau de vinculação tem inúmeras possibilidades e trata-se de um fenômeno variado. A ideia de Taruffo é demonstrar que existem níveis de vinculação dependendo do sistema jurídico que os precedentes estão inseridos.

Taruffo entende que a vinculatividade do precedente não pode ser encarada somente como vinculante ou não vinculante, mas, é preciso perceber uma escala de vários graus de eficácia. No cume estaria a hipótese de uma obrigação absoluta e sem exceção, o que não se encontra em nenhum ordenamento<sup>409</sup>; no extremo inferior, estaria a total discricionariedade que um juiz possui para utilizar o precedente. Entre esses extremos, pode-se identificar graus diferentes de vinculação<sup>410</sup>.

Nos países de *common law*, embora o sistema de precedentes não tenha, desde o princípio, características vinculantes, com sua evolução e a adição do *stare decisis*, suas decisões passaram a ser obrigatórias<sup>411</sup>.

Sabemos que nos países de *civil law*, tradicionalmente os precedentes não possuem força vinculante. Nesses casos, as cortes superiores ao proferirem seus julgadas, emitem comandos que não necessariamente precisam ser seguidos pelos órgãos inferiores. Seguir um precedente está mais ligado ao argumento do que à autoridade<sup>412</sup>.

---

<sup>409</sup> O autor faz essa afirmação, que referendamos, porque por mais que existam modelos de precedentes variados, de acordo com a realidade de cada país, não encontramos nenhum precedente com vinculatividade absoluta, tomando por base os escritos em: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997. p. 503.

<sup>410</sup> “En orden descendente, se está en el primero de estos grados intermedios cuando del precedente se deriva un verdadero vínculo, aunque sujeto a excepciones y limitaciones determinadas, con la posibilidad para el segundo juez de no observarlo cuando tengan lugar razones admitidas por el ordenamiento. En este caso el precedente es *binding* y debe seguirse, salvo se excepciones previstas (must, except...). Se está en el grado siguiente cuando se prevé en principio que el precedente debe ser seguido, pero se admite que el juez posterior puede separarse de él cuando subsistan razones relevantes para hacerlo, las cuales el segundo juez puede determinar libremente, pero que deben estar indicadas y justificadas. En el caso, el precedente es *defeasbly binding*, en cuanto debería seguirse a menos que existan buenas razones para no hacerlo (*should, unless...*). El grado más inferior, no fácil de distinguir del extremo de la plena discrecionalidad, se tiene cuando se considera conveniente que se siga el precedente, pero no hay consecuencias relevantes si no se hace, y el juez no está obligado a justificar expresamente su propia orientación en otro sentido. En este caso, el precedente es *weakly binding*, dado que sólo hay una expectativa genérica de que se siga”. TARUFFO, **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 552-553.

<sup>411</sup> “É possível haver precedentes que sejam vinculantes (*binding precedents*) e precedentes que são apenas persuasivos (*persuasive precedents*). Em outras palavras, na técnica do uso de precedentes, há uma distinção entre precedentes com autoridade (*binding authority*) e precedentes com autoridade persuasiva (*persuasive authority*)” POUND, Roscoe. **What of stare decisis?** Fordham Law Review, 1941, 10.v. p. 6.

<sup>412</sup> ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. **Quieta movere: interpretative change in a codified system**. Oxford: Clarendon, 1998. p. 303.

É o que se denomina como precedente persuasivo<sup>413</sup>. O julgamento tem o poder de influir na tomada de decisão do juiz subsequente e hierarquicamente inferior, mas este não está obrigado formalmente a seguir o decidido.

Mas o precedente persuasivo não livra o juiz da fundamentação para decidir sobre sua inaplicação. O juiz pode não estar obrigado a aplicar o precedente, mas está obrigado a fundamentar sua decisão.

Para Marinoni “o precedente, quando persuasivo, constitui um argumento da parte e, por isso mesmo, não pode ser adotado ou rejeitado sem a devida fundamentação”<sup>414</sup>.

O dever de fundamentar com precedentes está expresso nos incisos V e VI do §1º, do art. 489 do CPC<sup>415</sup>. Pontes de Miranda com a habitual perspicácia anunciava que “a necessidade de motivação é indeclinável. Cresce ela à medida que se dá ao juiz qualquer parcela, e mais, livre apreciação”<sup>416</sup>.

Fundamentar é o passo necessário de qualquer decisão judicial. Sua ausência ou deficiência é punida com nulidade (art. 93, IX, da CF). “A fundamentação é o local predestinado na sentença para o exame das questões de fato e de direito apresentadas pelas partes”<sup>417</sup>. E, para determinados provimentos jurisdicionais, o código fez prever situações

---

<sup>413</sup> Em voto vista na Reclamação 4.335/AC, o saudoso Ministro Teori Zavascki bem explicou sobre a evolução da eficácia persuasiva: “Não se pode deixar de ter presente, como cenário de fundo indispensável à discussão aqui travada, a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *civil law*, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (*civil law* e *common law*) é fenômeno em vias de franca generalização”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 4.335/AC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 21.10.2014.

<sup>414</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 95.

<sup>415</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>416</sup> PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 46 a 153**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 410.

<sup>417</sup> OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de, et al. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2016. p. 560.

objetivas que, caso não observadas pelo magistrado, podem causar a nulidade do procedimento.

Justamente por isso o art. 489 do CPC veda a invocação de súmula ou de precedente sem demonstrar seus motivos determinantes. É por meio da *ratio* (motivos determinantes) do precedente ou da súmula que identifica a regra de direito da decisão, os motivos relevantes que levaram o julgador a optar por determinada solução jurídica.

A natureza vinculante dos provimentos judiciais é, até certo ponto, intuitiva, no sentido em que uma decisão judicial deva ser obedecida pelos órgãos estatais em geral<sup>418</sup>.

Quando se fala dessa força vinculante, tratamos basicamente da proibição de o juiz analisar novamente o comando judicial e que esta mesma discussão seja novamente travada. Mas quando falamos de força ou eficácia vinculante neste tópico, queremos analisar a que transcende às partes e ao juiz, influenciando em outros casos<sup>419</sup>.

A vinculação deve ser seguida pelos juízes e tribunais na interpretação dos casos a eles submetidos. A vinculação opera perante os próprios julgadores do precedente passado (vinculação horizontal), como aqueles submetidos por força da hierarquia institucional do Poder Judiciário – juízes e tribunais inferiores (vinculação vertical). Na prática, está-se falando em vinculação em sentido vertical<sup>420</sup>, que é idêntico ao efeito vinculante que emana das decisões do plenário do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional; ao passo que a vinculação em sentido horizontal corresponderia à nossa coisa julgada *erga omnes*, que impede a rediscussão da matéria pelo STF.

As classificações da eficácia vinculante dos precedentes do Código de Processo Civil diferem na doutrina, mas sem grande diferença substancial. Diríamos que essas classificações tradicionais mais se completam do que se anulam.

---

<sup>418</sup> TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). in: **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis** (Coor. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011. p. 136.

<sup>419</sup> TALAMINI, op. cit., p. 137.

<sup>420</sup> “Se intuye facilmente que el llamado *precedente vertical* presupone un orden en el cual hay una jerarquia vigente de autoridad entre los órganos judiciales. No es causalidad que se hable usualmente de la eficacia del precedente de las decisiones de los tribunales supremos: en efecto, se considera que éstos, al representar el vértice del sistema judicial, tienen el máximo grado de autoridad y legitimidade”. TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 544.

Preferimos uma compreensão da carga vinculante dos precedentes que considere a autoridade que emanou a decisão conectada com o mecanismo processual que o Código dispõe para o ataque à sua violação.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini sintetizam muito bem essa questão complexa de distinguir os tipos de força vinculante no sistema processual brasileiro. Os autores tratam da vinculação padrão (fraca) para falar da força persuasiva de um determinado precedente judicial, como a jurisprudência. Classificam como média os procedimentos que a lei permite serem abreviados, porque existe precedentes ou orientação jurisprudencial consolidada (regras que autorizam o Relator a decidir de forma monocrática recursos respaldados em súmulas dos tribunais ou em entendimento firmados em IRDR ou IAC – art. 932, IV e V do CPC –, por exemplo). E dizem de vinculação forte, a imposição de aplicação dos provimentos jurídicos aos demais órgãos judiciais (vertical e horizontalmente), bem como em alguns casos à administração pública, caso das decisões constitucionais em controle concentrado e súmulas vinculantes<sup>421</sup>.

Adicionamos à classificação a possibilidade que o sistema coloca à disposição do operador do direito para questionar a malversação do precedente vinculante. O remédio mais eficaz e célere é a Reclamação (art. 988, CPC), estando ela conectada ao sistema de precedentes do código<sup>422</sup>.

Não queremos dizer que a possibilidade de uso da Reclamação para questionar a violação a um precedente qualificado caracterize sua força vinculante. Igualmente não entendemos que a Reclamação seja indispensável para o reconhecimento dos precedentes qualificados. Mas, sem dúvida, o recurso é um elemento que fortalece a obrigatoriedade do precedente<sup>423</sup>.

---

<sup>421</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2.v. p. 714-716.

<sup>422</sup> Teresa Arruda Alvim dá mais ênfase a classificação dos precedentes qualificados com base na Reclamação: “Precedentes vinculante em sentido forte estão no art. 927, III. Fortes, porque ensejam reclamação. [...] Nos incs. IV e V estão as situações em que a vinculatidade é média. É normal e desejável que esses parâmetros sejam respeitados, e se houver afastamento deles, a decisão pode ser corrigida (ou não) pela via recursal [...] Pode-se ainda falar de um grau que no Brasil é fraco, de obrigatoriedade: a ‘vinculatidade’ de um juiz às suas próprias decisões: essa vinculação é suave...”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes. in: WAMBIER, Arruda Alvim, Teresa. **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 487-488.

<sup>423</sup> Nesse sentido: “É importante estabelecer que o cabimento ou não da reclamação, ao menos no Brasil, é irrelevante para a denominação do precedente como vinculante. Nos casos em que cabível, a reclamação atua

Veja que para o questionamento dos incisos I e II do art. 927 (força vinculativa forte), que trata de decisões do STF em controle de constitucionalidade e enunciados de súmulas vinculantes, o art. 988, III do CPC, é enfático em garantir o uso da Reclamação. Os mencionados casos tratam de violação a decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade e súmula vinculante. A Reclamação para esses casos já era aceita pelo STF mesmo antes do código incluir a solução.

Na hipótese dos incisos III e IV (art. 927, CPC) o código também admite o uso da Reclamação, mas desde que esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, §5º, II), no que atende os precedentes vinculantes de força média. Entendemos que a Reclamação também é via para questionar os casos de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Muito embora o rol do art. 927 não preveja essa hipótese, a redação do inciso II do §5º do art. 988 “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”, numa leitura conjugada com o art. 927, permite seu manejo.

No inciso IV do 927 do CPC que trata dos “enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”, ainda que não vinculantes na acepção do art. 103-A da CF, devem ser observados por juízes e tribunais<sup>424</sup>.

O fato de o CPC ter deixado de conferir o veículo da Reclamação para o desatendimento das súmulas do inciso IV, não redundava no afastamento da sua eficácia vinculante. É possível questionar a inobservância das súmulas, mesmo que reconhecidamente

---

apenas como mais um remédio jurídico processual apto à correção da não aplicação adequada de um determinado entendimento jurisprudencial vinculante”. PEIXOTO, Ravi. O Sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). **Revista de Processo**. vol. 248, out. 2015. p. 331-355.

<sup>424</sup> “Neste caso, nos parece, deve ficar claro que a atribuição de eficácia normativa formalmente vinculante às súmulas não tem nenhuma relação com a competência do tribunal, pois não se está questionando a sua competência. Aliás, todos sabem e é notório que Constituição garante ao STF e ao STJ a função de dar unidade interpretativa, respectivamente, ao direito constitucional e infraconstitucional. As súmulas serviriam para quê? Para nada? Evidentemente, estabelecendo-se uma regra de racionalidade, as súmulas devem vincular (antes de tudo o próprio tribunal). Assim, sendo as súmulas —desde que ligadas aos fundamentos determinantes de fato e de direito dos casos que lhes deram origem e com eles conjuntamente interpretadas— o extrato dos precedentes, elas funcionarão como uma técnica de divulgação da *ratio decidendi*, conforme o entendimento do próprio tribunal. Portanto, negar vinculatividade, seria negar qualquer utilidade a esta técnica”. ZANETTI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formação das fontes jurisprudenciais. **Cuadernos Jurídicos lus et Tribunalis**, año 1, nº 1, enero-diciembre 2015. p. 33.

por caminho mais longo e tortuoso. Os posicionamentos do STF e STJ em súmulas de suas respectivas competências possuem carga vinculante e devem ser observados pelos tribunais e juízes singulares.

Uma questão diversa e que deve ser analisada com cuidado é sobre os posicionamentos das Turmas e Seções dos Tribunais Superiores vincularem o sistema<sup>425</sup>. Sustenta-se que, embora o art. 927 não faça menção à essas decisões como típicos precedentes, parece coerente permitir sua vinculação, principalmente quando não houverem pronunciamentos sobre a matéria pelo pleno do tribunal.

Não parece ser esse o melhor entendimento. Em nosso sentir, quando não houver posicionamento definitivo sobre legislação infraconstitucional pelo STJ ou em matéria constitucional pelo STF, mas somente de turma ou seção, essa não pode ser acolhida como vinculante. Isto porque à míngua de decisões, pode ser um indicativo de que a matéria precisa de mais tempo para consolidar um entendimento. Ainda, o código deixou claro que as decisões que terão força vinculante devem ser emanadas pelo órgão de cúpula do tribunal, muito por conta para evitar que entendimentos possam ser alterados abruptamente. Mas essas decisões possuem papel de persuasão.

E para as hipóteses do inciso V do art. 927, embora o código não faça previsão expressa de cabimento, o §1º do art. 988 permite a proposição da Reclamação em qualquer tribunal para garantir a autoridade das suas decisões, possibilitando seu uso para questionar ou fazer valer orientação do plenário ou de acórdão de órgão especial dos tribunais dos estados e federais. Isto porque o artigo 927 é absolutamente claro no que exige a observância dos precedentes (qualificados) pelos juízes e tribunais.

O código não previu somente como decisões vinculantes aquelas oriundas das Cortes Superiores. Há também vinculação nas decisões proferidas pelo órgão especial ou pleno dos tribunais estaduais e federais. Nota-se que o inciso V do art. 927 não diferenciou a força vinculativa dessas decisões das demais, pelo que, dentro dos limites de competência, esses julgados devem ser obrigatoriamente observados.

---

<sup>425</sup> Nesse sentido: PEIXOTO, Ravi. O Sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). **Revista de Processo**. vol. 248, out. 2015. p. 331-355.

Sobre a afirmação de que a força vinculante dos precedentes do CPC não está somente nas Cortes Superiores, anota Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf:

Atente-se, contudo, que a força dos precedentes não decorre apenas das Cortes Superiores. Afinal, o que estabelece que uma decisão serve ou não de precedente, não é o precedente em si, mas a decisão do segundo juiz ou órgão judicial de seguir ou não o precedente. A força dos precedentes se fundamenta na analogia entre o caso decidido pela Corte Superior e que está colocado para julgamento pelo juiz ou pelas Cortes de correção. Se o fato de ser decidido é semelhante ao que foi julgado pela Corte Superior, o juiz deverá julgar da mesma forma<sup>426</sup>.

Muito embora existam autores que defendam a aplicação mitigada da força vinculante do inciso V do art. 927 do CPC<sup>427</sup>, não se pode negar que as orientações do plenário ou de órgão especial aos quais os juízes estiverem vinculados possuem efeito vinculante pela própria redação do dispositivo.

Esse também é o entendimento de Michele Taruffo quando analisa que “el mismo esquema se repite también en los niveles intermedios: las decisiones de los tribunales de apelación se aplica considerar como precedentes que deberían influir sobre las decisiones de los jueces de primera instancia”<sup>428</sup>.

O comando inicial do art. 927 do CPC ao demandar que “os juízes e os tribunais observarão” as decisões nele listadas não prescreve simples orientação aos integrantes do sistema judiciário para, caso entendam adequado, aplicar os precedentes qualificados às suas decisões<sup>429</sup>. O dispositivo demanda obediência às decisões, que só podem deixar de ser adotadas nos casos de distinção ou de superação.

---

<sup>426</sup> CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuísmos judiciais e precedentes judiciais. **Revista de Processo**, vol. 248, 2015.

<sup>427</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil. Artigo por Artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 795 e 1318-1319.

<sup>428</sup> TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 544.

<sup>429</sup> “O texto legal somente será aplicável em interpretação conforme à constituição, se reconhecer o intérprete que os precedentes vinculam, que os precedentes obrigam, que os juízes e tribunais observarão os precedentes, para usar a expressão do art. 927, caput, em todas as hipóteses dos incisos ali previstos”. ZANETTI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formação das fontes jurisprudenciais. **Cuadernos Jurídicos lus et Tribunalis**, año 1, nº 1, enero-diciembre 2015. p. 45.

Portanto, cada uma a seu grau e hierarquia, todas as hipóteses do art. 927 do CPC são vinculantes<sup>430</sup>.

É preciso que juízes, tribunais e advogados se adaptem ao uso dessas decisões vinculantes, que, ao serem instituídas pelo legislador do CPC/2015, buscaram tornar o sistema judicial mais previsível, estável e isonômico.

### 2.3.1 (In)Constitucionalidade do efeito vinculante dos precedentes do art. 927 do CPC

O CPC inovou ao trazer no art. 927 uma série de provimentos judiciais cuja constitucionalidade do efeito vinculante ainda é o cerce de acaloradas discussões. A concordância harmoniosa na doutrina quanto à vinculatividade das decisões envolvendo controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes não encontra agasalho nos incisos III, IV e V do art. 927 do Código de Processo Civil.

O art. 927 do CPC, ao indicar que devem ser obrigatoriamente observados (a) as decisões em sede de controle concentrado pelo STF, (b) as súmulas vinculantes, (c) acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, (d) julgado dos tribunais em incidente de resolução de demandas repetitivas, (e) incidente de assunção de competência, (f) enunciados de súmulas do STF e STJ nas suas respectivas competências e (g) orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau, estabeleceu a vinculação horizontal e vertical desse provimentos.

Por mais óbvio que possa ser, todas as decisões judiciais são munidas de carga vinculante. É esse o efeito que liga as partes ao comando decisório do juiz. Esta vinculatividade é visível também nas decisões das instâncias superiores, que ao reformar o *decisum* do juízo monocrático, imprime a obrigatoriedade de substituição ou a manutenção da sentença de primeiro grau.

As críticas mais contumazes à adoção de um sistema de precedentes vinculantes partem diretamente sobre a inconstitucionalidade do modelo adotado pela legislação brasileira.

---

<sup>430</sup> Enunciado 170 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis): “as decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

A vinculação a preceitos gerais e abstratos, como a lei, somente ocorreria com previsão constitucional expressa – caso das decisões em controle concentrado e súmulas vinculantes<sup>431</sup>. Ainda, a vinculação prevista no sistema constitucional brasileiro sobre o juízo só existiria no caso da competência recursal. Nesse caso o tribunal pode reformar ou cassar a decisão recorrida. Esse acórdão possui eficácia vinculativa entre as partes e no caso concreto.

Outro ponto de crítica ao CPC, é que por ter conferido efeito vinculante aos provimentos judiciais, amplia o alcance das decisões que somente deveriam ter efeito *inter partes*, mas que passam a ter caráter *erga omnes*<sup>432</sup>.

Além do que o Poder Judiciário não teria autorização para legislar fora a hipótese das súmulas vinculantes (CF, 103-A), onde estabelece conceitos de caráter geral e abstrato, tal qual a lei. Isto porque como estamos falando de função excepcional do Judiciário, a condição deve estar expressa na Constituição. O comando dos incisos III a IV do 927 do CPC, por vincularem os juízes às suas decisões é de inconstitucionalidade flagrante<sup>433</sup>.

Nelson Nery Junior é enfático na ideia de que “o objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado”<sup>434</sup>.

As críticas sobre a inconstitucionalidade, conquanto bem formuladas, não tingem de inconstitucionalidade a construção dos incisos finais do 927 do CPC. Com efeito, a alegada usurpação de competência do legislativo pelo judiciário, que estaria editando normas gerais e abstratas pela via dos precedentes vinculantes não se afigura presente.

Antes de tudo, não entendemos como incongruente ou contraditório a adoção de um modelo de precedentes com base na lei. Os provimentos do art. 927 do CPC são vinculantes primeiramente como ponto de referência normativo e formal.

---

<sup>431</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.836.

<sup>432</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 491.

<sup>433</sup> NERY JUNIOR, op. cit., p. 1.837.

<sup>434</sup> NERY JUNIOR, op. cit., p. 1.837.

Nosso sistema processual brasileiro é baseado na lei, pelo que nos parece natural que as alterações no sistema, tal qual o regime de precedentes, seja instituído pela via legal<sup>435</sup>.

Se é possível sustentar que o sistema de precedentes no *common law* surgiu de uma evolução histórica e do *stare decisis*<sup>436</sup>, como fontes primárias do direito anglo-saxão, porque não seria possível sustentar que o regime de precedentes vinculantes brasileiro decorre da lei, também uma fonte de direito primária para a tradição romano-germânica?<sup>437</sup>

Dentro da sistemática desses provimentos vinculantes, a produção fica restrita ao âmbito de atribuição do Poder Judiciário, onde a permissão deflui pela via constitucional (controle concentrado e súmulas vinculantes) ou mesmo em decorrência do poder de uniformização de entendimentos por interpretação da legislação infraconstitucional<sup>438</sup>.

Atribuir efeito vinculante às decisões dos Tribunais Superiores, em última análise, é cumprir o mandamento constitucional que confere competência de guarda e zelo da Constituição e da legislação infraconstitucional.

A ofensa à isonomia nas decisões é sensivelmente mais grave do que os vícios de constitucionalidade arguidos. A intenção do legislador foi, não só preservar a igualdade de todos perante a lei, mas perante ao direito. O legislador “[...] nada mais fez do que tornar lei algo que deveria acontecer naturalmente”<sup>439</sup>.

Na tradição do *civil law*, os tribunais são formatados principalmente para controlar a observância da lei pelo ordenamento, protegendo a unidade do direito no tempo e no espaço. A estrutura é piramidal, nos Tribunais Superiores se canalizam as discussões, colocando-as

---

<sup>435</sup> FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. in: NUNES, Dierle, CASTRO, Aluisio Gonçalves de, JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>436</sup> No *stare decisis* determinado caso é tratado como obrigatório, com efeito vinculante para os demais casos que o sucederem. Mas o sistema de respeito aos precedentes do *common law* funcionou por muitos anos sem o *stare decisis*. *Common Law* não se confunde com *stare decisis*; este, caracterizado como os costumes gerais que determinavam o comportamento do *Englishmen*, existiu por vários séculos sem *stare decisis*.

<sup>437</sup> FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. in: NUNES, Dierle, CASTRO, Aluisio Gonçalves de, JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>438</sup> OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, et al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 589.

<sup>439</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 282-283.

em calhas comum. A divergência dos juízes de 1º Grau se concentra nos tribunais intermediários e são eliminadas nos superiores, que dão a última palavra<sup>440</sup>.

E atento a estrutura do sistema judiciário é que os precedentes podem ser vinculantes do ponto de vista vertical e horizontal. O precedente é fundado na autoridade do órgão que o emitiu e vincula os órgãos imediatamente inferiores; e ao mesmo tempo deve respeito à decisão o próprio tribunal que a emitiu<sup>441</sup>.

A vinculação deve ser seguida pelos juízes e tribunais na interpretação dos casos a eles submetidos. A vinculação opera perante os próprios julgadores do precedente passado, como aqueles submetidos por força da hierarquia institucional do Poder Judiciário.

Levando-se em conta o perfil do judiciário brasileiro, os órgãos ordinários devem cuidar da solução de controvérsias, enquanto aos Tribunais Superiores fica subordinada a uniformidade do sistema<sup>442</sup>.

Aos tribunais podem ser reconhecidas as seguintes funções: 1) resolver controvérsias (“resolutions of disputes”); 2) enriquecer o estoque de normas jurídicas (“enrichment of supply of legal rules”)<sup>443</sup>.

Aos órgãos inaugurais do Judiciário, caberia a prestação jurisdicional de forma ágil, onde são consideradas as questões de fato e direito que integral os casos concretos submetidos ao Judiciário. Aos Órgãos Superiores, a função está mais voltada à aderência das decisões jurídicas à cultura social, ou seja, o foco é menos nas partes que compõem o litígio e mais na sociedade<sup>444</sup>.

---

<sup>440</sup> CALAMANDREI, Piero. **La casacion civil: bosquejo general del instituto**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfico Argentina, 1945, t. II, p. 63.

<sup>441</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, nº 199, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>442</sup> MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **RePro 199**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>443</sup> EISENBERG, Melvin. **The nature of the Common Law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1988. p. 4.

<sup>444</sup> EISENBERG, op. cit., p. 7.

Esses órgãos superiores são os verdadeiros sentinelas da lei<sup>445</sup>, que a protegem contra o excesso de poder do juiz quando usurpa do legislativo a fixação para aquele caso e outros futuros do padrão de conduta a ser seguido.

Bem por isso [...] “não se pode perder de vista que o dever de se respeitar a posição do STJ e STF é, indiretamente, o dever de respeitar a lei e a Constituição Federal, na interpretação dada pelos órgãos cuja função constitucional e cuja razão de ser é dar a palavra final sobre o sentido da lei e da Constituição Federal”<sup>446</sup>.

Assim, é natural a submissão aos juízes e tribunais, decorrente do escalonamento hierárquico de competências imposto pela própria Constituição. Além do que, as decisões com poder vinculante não ficam adstritas aos casos específicos, mas são aplicáveis também a processos que discutem o mesmo tema.

Não obstante, é exigível que a decisão judicial tenha um mínimo de estabilidade e que juízes e tribunais respeitem suas decisões e as de hierarquia superior. Nunca se pode esquecer que o magistrado faz parte de um sistema global e integrado, denominado Poder Judiciário<sup>447</sup>.

Aliás, de nada valeria aos Tribunais Superiores decidirem matéria de sua competência se não tivessem instrumentos para fazê-las cumprir. Longe de serem inconstitucionais, os poderes vinculantes das decisões estão ligados à teoria dos poderes implícitos<sup>448</sup>.

O princípio da separação dos poderes no sistema de precedentes vinculantes adotados pelo art. 927 do CPC nos parece preservado. Interpretar textos jurídicos é a função dos juízes e não haverá ofensa em caso de aplicação de norma decorrente da interpretação de textos legais. Ofensa ao mencionado princípio ocorreria quando um juiz ou tribunal, a seu critério, interpretar a norma baseado unicamente em critérios subjetivos.

A obrigação de fundamentação das decisões e precedentes judiciais no CPC é direta e imediata. O Código, no art. 489 e seguintes, afirma que são nulas as decisões que se limitarem

---

<sup>445</sup> CALAMANDREI, op. cit., p. 63.

<sup>446</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 284.

<sup>447</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. in: Luiz Guilherme Marinoni. **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

<sup>448</sup> 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 13.256/2016)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 19.

a invocar precedentes sem a identificação de seus motivos determinantes ou deixar de segui-los sem comprovar a existência de distinção dos casos<sup>449</sup>.

Mostra-se inviável pretender a aplicação do precedente sem interpretação. Interpretar é necessário por ser exatamente nesse exercício que se encontrarão as similitudes dos casos, permitindo a aplicação do precedente. Ao contrário fosse, a superação do precedente seria inviável.

Isso porque “nenhum evento é exatamente igual ao outro. Para uma decisão ser um precedente para outra, não se exige que os fatos da anterior e da posterior sejam absolutamente idênticos. Caso isso fosse exigido, não haveria precedente para coisa alguma”<sup>450</sup>.

Até porque, o que vincula não é a decisão em si, mas os motivos determinantes que justificam a tomada dela. A *holding* ou *ratio decidendi* extraída do julgado terá eficácia vinculante para o futuro (*binding effect*).

A aplicação futura da tese reservada na *ratio decidendi* pode ser cotejada e testada frente a novos casos. A ideia da legislação processual não foi criar um texto imutável, mas que pode, mediante adequada fundamentação, ser superado (*overruling*) ou não aplicado por inexistência de singularidade (*distinguishing*)<sup>451</sup>.

Fato é que pela força legislativa do art. 927 do CPC, as decisões judiciais com eficácia vinculante (precedentes) já nascem com essa característica, e mesmo que não totalmente coerentes com a cadeia decisional que deverá aplicá-las, sua força vinculante é ínsita<sup>452</sup>.

---

<sup>449</sup> CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuísmos judiciários e precedentes judiciais. **Revista de Processo**, vol. 248, 2015.

<sup>450</sup> SCHAUER, Frederick. Precedente. in: DIDIER JR., Fredie (org.). **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 56.

<sup>451</sup> “A rigidez na aplicação do sistema de precedentes levaria a sua ruptura, porquanto se mostraria incapaz de absorver e moldar as novas exigências do devir. Os precedentes, portanto, não podem servir de obstáculos ao desenvolvimento do direito, tornando o presente refém perpétuo do passado, projetando um futuro já desbotado. Todavia, não é qualquer modificação da realidade que importa em superação de precedente. Exige-se alteração substancial da base jurídica, política, social ou econômica que forjaram e foram considerados na construção da norma que lhe é subjacente”. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de, et al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 592.

<sup>452</sup> ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**. Ano 2, vol. 2. n. 1. Jan./Jun. 2016. ISSN 2447-6536. p. 67-68.

Isto não quer dizer, todavia, que a aplicação desses provimentos vinculantes deva ser mecânica. Ao contrário, o dever de fundamentação é insito no CPC, além de estarem previstos mecanismos de acolhimento ou afastamento da tese vinculante.

A operação com precedente não pode ser simplesmente mecânica, pelo que demanda análise interpretativa. Cada precedente deve ser cuidadosamente examinado e trabalhado com base em seus motivos determinantes<sup>453</sup>.

Evidente que a força vinculante dos precedentes do art. 927 do CPC será diferenciada. As particularidades da formação de cada precedente e os meios disponíveis para sua eficácia processual são distintos da CF ao CPC. Entretanto, inquestionável é a opção legislativa de que as decisões elencadas nos incisos I a V devem ser seguidas vertical e horizontalmente pela estrutura judiciária.

Claro está, que o rol do art. 927 do CPC possui decisões com diferentes cargas vinculativas. Os incisos I e II trazem a vinculação diretamente da Constituição e transpassam o Judiciário, tendo aplicação na esfera administrativa; o inciso III, IV e V, embora não estabelecida diretamente na Constituição, sua eficácia vinculante é garantida por lei.

## 2.4 Superação dos precedentes

Os dispositivos dos art. 926 a 928 do CPC não deixaram evidentes a forma de aplicação e superação dos precedentes. Esta é uma construção que precisa ter por base uma leitura conjugada com art. 489, §1º, V e IV, que prevê as possibilidades de superação e distinção de precedentes. Dali se extrai a necessidade de consideração da *ratio decidendi*, *distinguishing* e *overruling*<sup>454</sup>.

Da redação do art. 489, §1º, V e VI pode-se criar um conceito preliminar do *distinguishing* (seguramente a técnica mais usada para o trato com precedentes<sup>455</sup>),

---

<sup>453</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. p. 36.

<sup>454</sup> ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes e fundamentação no NCPC. in: SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de. **Novo CPC: Análise doutrinária sobre o direito processual brasileiro**. Campo Grande: Contemplar: 2016, 3.v., p. 319-347.

<sup>455</sup> O direito inglês considera o *distinguishing* uma ferramenta muito usada e importante para o trato com precedentes. “Distinguishing ostensibly binding and applicable precedents is a most important feature of reasoning with precedent”. BANKOWSKI, Zenon. Precedent in United Kingdom. in: MACCORMICK, Neil D.;

consubstanciado no confronto material dos casos e na tentativa de assimilação ou afastamento da *ratio decidendi* do caso passado como o atual. O *overruling* encontra assento pelo menos implícito no art. 489, §1º, VI, ao estabelecer que um precedente pode deixar de ser aplicado quando da sua superação.

Só faz sentido falar em superação de precedentes se compreendermos que existem decisões no direito brasileiro que tem a condição de vincular e obrigar sua aplicação pelos julgadores seguintes. Por muito tempo, nosso sistema foi afetado, quase que exclusivamente, por precedentes persuasivos, o que não justificava aprimorar o conceito de *stare decisis* ou técnicas de superação.

Se hoje temos provimentos vinculantes e inclusive mecanismos para fazer valer a força dos precedentes brasileiros, a alteração dessas decisões não pode mais ocorrer de forma aleatório e imprevisível. Como essas decisões tem o poder de vincular uma cadeia de julgadores, qualquer alteração de posicionamento não afeta somente as partes envolvidas no caso concreto, mas tem também a condição de alcançar casos futuros.

Um sistema de precedentes não pode ser apresentado para o juiz de uma forma autônoma e de aplicação mecânica. Na maioria dos casos, o juiz não se limita a repetir o precedente, mas realiza um exercício de reconstrução, onde pode ser reescrito os limites do precedente.

Também a forma de se trabalhar com precedentes difere da forma de aplicar a lei, como vimos em capítulo passado. A lei tem característica de generalidade e utiliza-se de conceitos mais abertos; o precedente é caso concreto e sua solução passa pela análise detida das características de cada caso<sup>456</sup>.

---

SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997. p. 341.

<sup>456</sup> “[...] as leis impõem um largo uso da razão para antecipar o acontecimento dos fatos e regulá-los adequadamente, tornando o raciocínio aplicativo mais simples e previsível na generalidade dos casos; já o método dos precedentes requer inteligência crítica na argumentação, pois procura a melhor nova decisão à luz das decisões anteriores, do que é específico para o caso em questão e também do que é necessário para manter um sistema jurídico coerente” MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 282.

Um caso nunca é igual ao outro. Por maior similitude fática que possa ter, não será exatamente igual. Por isso que está à disposição do intérprete a possibilidade de se distinguir ou superar, dependendo da situação posta sob apreciação.

Neste tópico vamos nos deter especialmente à estas duas modalidades principais de aplicação de precedentes (*distinguishing* e *overruling*<sup>457</sup>), sem desconsiderar outras, que a doutrina brasileira busca importar principalmente do modelo americano e inglês.

As inúmeras formas de trabalhar com precedentes e as decisões que podem ser classificadas de diferentes formas e técnicas<sup>458</sup>, não serão tratadas à exaustão no presente trabalho. O primeiro motivo é que muitas dessas técnicas não encontram aplicação prática em nosso sistema. Segundo, porque também muitos casos são exemplos meramente acadêmicos e tem aplicação restrita nos países do *common law*, especialmente nos Estados Unidos e Inglaterra, onde baseamos nosso comparativo. Por último, tratar a miúdo os vários tipos de *distinguishing* e *overruling* não encontra espaço no objeto dessa pesquisa. As espécies de distinção e superação serão trazidas à baila neste estudo de forma lateral, para ilustrar o estudo sobre *distinguishing* e *overruling*. Os casos que forem analisados com mais acuidade é porque entendemos ser possível seu espelhamento na prática forense brasileira ou merecedores de críticas.

Seguir precedentes é a regra criada pelo CPC, pois se espera que o juiz sucessivo siga a decisão anterior com carga vinculante estabelecida pela lei processual. Mas essa força do precedente é sempre defensável, quando de modo fundamentado, o juiz justificar sua inaplicação ou superação, dando solução diversa da regra no precedente.

Duxbury entende que os precedentes exercem peso na decisão do juiz e que eles influenciam na tomada de decisão, mesmo quando não levados em conta. Embora um juiz possa não ver nenhuma razão para seguir um precedente, sua existência pode levá-lo a decidir de maneira diferente de como ele teria feito se a análise sobre a existência do precedente não fosse feita. O precedente pode lembrá-lo do peso do passado, de que ele está decidindo dentro

---

<sup>457</sup> As expressões por vezes serão usadas em português: distinção e superação. A escolha pela grafia é meramente gramatical e não deve implicar em diferença de compreensão.

<sup>458</sup> Por exemplo, *implied overruling, transformation, inconsistent distinguishing, signaling, anticipatory overruling, overriding*.

de uma tradição, e a decisão que ele toma, embora possa não ser de acordo com o precedente, pode ser de respeito ou de alguma outra forma suportar as marcas dessa tradição<sup>459</sup>.

Regras de precedente são como regras de evidência para questões de lei em vez de fatos. Dão força especial, às vezes dispositiva, a um indicador particular do que a lei exige. Precedente significa que as decisões anteriores são tomadas como corretas, a menos que seja demonstrado de alguma forma o contrário, assim como a presunção de evidência significa que algum fato é considerado verdadeiro, a menos que claramente não seja<sup>460</sup>.

Mesmo na tradição americana e inglesa, onde o *stare decisis* é aplicado com mais rigor, os juízes deixam de aplicar precedentes com bastante frequência. Onde quer que os precedentes sejam estritamente vinculantes, há fortes motivos para recorrer à prática da explicação a fim de, efetivamente, distingui-los ou superá-los<sup>461</sup>.

Da mesma forma, no direito inglês não é incomum a prática do *overruling*. Mesmo que a *House of the Lords* tenha demorado muitos anos para decidir que seus precedentes podem ser superados, a técnica hoje é naturalmente utilizada<sup>462</sup>, embora não frequente.

Enquanto a *House of the Lords* entendeu pela possibilidade de superação de seus precedentes em 1966, a Suprema Corte dos Estados Unidos parece ter sempre assumido esse poder, que pode ser observado de suas decisões desde 1844<sup>463</sup>.

---

<sup>459</sup> “Although a judge might with good reason see no obligation to follow, and might explicitly claim not to follow, a precedent, its existence may nevertheless lead him to decide differently from how he would have done had it not existed. The precedent might remind him of the weight of the past, that he is deciding within a tradition, and the decision which he makes, though it might not accord with the precedent, might pay respect to or in some other way bear the marks of that tradition”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008. p. 112-113.

<sup>460</sup> Rules of precedent are like rules of evidence for questions of law rather than fact. They give special, sometimes dispositive, strength to one particular indicator of what the law requires. Precedent means that prior decisions are taken as correct, or correct unless shown otherwise to some requisite degree, much as evidentiary presumption means that some fact is taken to be true, or true unless clearly shown not to be. HARRISON, John. The Power of Congress over the Rules of Precedent. **Duke Law Journal**, v.50, 2000. p. 503–543.

<sup>461</sup> BANKOWSKI, Zenon. Precedent in United Kingdom. in: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997, p. 342.

<sup>462</sup> “There is no problem with overruling in the UK because of the system of *stare decisis*. A superior court with the power to overrule can do so and does explicitly. The ratio of the overruled case then ceases to have any authority. This form of explicit overruling is also practised by the House of Lords, and other courts which have the same power, to overrule their own decisions”. BANKOWSKI, Zenon. Precedent in United Kingdom. in: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997. p. 342.

A distinção também é largamente utilizada nos Estados Unidos. Robert S. Summers entende que quando um advogado é confrontado por um precedente desfavorável, normalmente tentará distingui-lo, argumentando que os fatos materiais eram diferentes ou que a razão substantiva para a decisão não se aplica aos fatos do caso sob consideração<sup>464</sup>.

Esses conceitos de distinção e superação são relativamente novos no Brasil, evidenciados no cenário jurídico com mais propriedade após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015. A forma de trabalhar com precedentes brasileiros está ainda em processo de construção, até porque temos um quadro de formação e aplicação de precedentes vinculantes (qualificados) bastante peculiar se comparado com o sistema do *common law* e até mesmo com países regidos pelo *civil law*.

#### 2.4.1 Distinção (*Distinguishing*)

O *distinguishing* é a principal técnica de aplicação de precedentes. Distinguir não é superar o precedente, mas sim verificar que o contido na *ratio decidendi* do caso primitivo não encontra guarida ou aplicação ao caso em análise. É um exercício de colmatação, que pode deixar de ser realizado se comprovada que a replicação da decisão encontra diversidade fática e também de conteúdo<sup>465</sup>. Isto porque, para aplicar precedentes, não se exige que os casos sejam exatamente iguais, basta identificar uma similaridade entre os fatos determinantes que justifiquem a mesma tomada de decisão.

---

<sup>463</sup> No caso *Louisville, Cincinnati, and Charleston RR v. Letson*, 43 U.S. 497 (1844), o objeto da proposição era questionar o entendimento de que uma corporação em um estado não pode ser processada no Tribunal de Circuito dos Estados Unidos, por um cidadão de outro estado, a menos que todos os membros da corporação sejam cidadãos do estado no qual o termo foi proposto. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/43/497/>> Acesso em: ago. 2019.

<sup>464</sup> SUMMERS, Robert S. Precedent in United States (New York State). in: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997. p. 390.

<sup>465</sup> “O *distinguishing*, que é a principal técnica de aplicação de precedentes, e se constitui na confrontação entre os fatos materiais (relevantes) de dois casos, revelando a inadequação da aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento, em virtude da diversidade fática entre os mesmos”. ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues. Precedentes e fundamentação no NCPC. in: SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de. **Novo CPC: Análise doutrinária sobre o direito processual brasileiro**. vol. 3. Campo Grande: Contemplar: 2016, p. 297-318.

Distinção é a principal forma de tratar com precedentes. Tal qual se realizam as técnicas de aplicação ou afastamento da legislação aos casos, a distinção se realiza nos precedentes. Simplificadamente, é fazer a diferenciação entre os casos<sup>466</sup>.

O *distinguishing* pode ser realizado pelo tribunal que editou o precedente ou pelos juízes e tribunais inferiores.

A ferramenta da distinção não implica na revogação do precedente que se entendeu não ter incidência sobre o caso. O precedente distinguido continua intacto nos seus fundamentos<sup>467</sup>.

Sobre uso do *distinguishing*:

Ao lidarem com um precedente, os advogados com frequência procedem à analogia ou à distinção (*distinguishing*) de fatos do caso do seu cliente a partir dos fatos materiais de casos anteriores. Ainda, o advogado que queira a aplicação do precedente ao caso presente tentará demonstrar que os fatos materiais apresentados são análogos aos dos casos já decididos anteriormente. Contrariamente, um advogado que não queira que os casos anteriores sejam utilizados deverá argumentar que os fatos materiais precedentes diferem substancialmente dos atuais, o que leva à conclusão de que um resultado diferente deve ser alcançado<sup>468</sup>.

O *distinguishing* é uma técnica largamente usada para quem lida com precedentes. Na, simples e direta, explicação de Duxbury “*distinguishing is what judges do when they make a distinction between one case and another*”<sup>469</sup>.

O autor entende que o processo de distinção é uma forma muito comum de realizar o processo de fundamentação. Normalmente distinguimos tanto dentro do caso – como forma de separar a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* – como também caso com caso<sup>470</sup>.

---

<sup>466</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 284.

<sup>467</sup> “In the most routine instances, the activity of distinguishing leaves the authority of precedent undisturbed, for a court is declaring an earlier decision not to be bad law, but to be good inapplicable law. Determining that a precedent is inapplicable to the case at hand does not necessarily leave the precedent undisturbed. Distinguishing in the fashion may lead lawyers and judges, may of whom might have expected the precedent to be applied, to consider its authority to have been weakened somewhat. As the old joke goes, a precedent might lack authority because it is ‘very distinguished’”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008. p. 114-115.

<sup>468</sup> FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 71.

<sup>469</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008. p. 113.

<sup>470</sup> Ibid.

Realmente o processo de distinção ocorre em dois planos, tanto endógena (buscando separar e distinguir as razões relevante para a tomada de decisão dos argumentos de passagem), quanto exógena, momento em que é cotejada a *ratio* do caso precedente com o atual. Nesse exercício será possível entender se os casos são semelhantes e merecedores do mesmo tratamento.

Distinguir está no dia-a-dia dos aplicadores do direito. Às vezes, os casos se apresentam de forma bastante fácil para serem distinguidos e não gerarão dificuldades práticas. Todavia, distinguir não é somente analisar as similaridades e diferenças fáticas dos casos, mas também e principalmente buscar a incompatibilidade material entre eles. A decisão de distinção deve ser fundamentada, com argumentos que bem justifiquem a não incidência da norma do precedente ao caso atual<sup>471</sup>.

“Esse processo de ‘distinguir’ o acaso anterior envolve a descoberta de alguma diferença juridicamente pertinente entre o caso passado e o atual”, observava Hart<sup>472</sup>.

É impossível pensar que a distinção possa ser realizada sem o devido processo de fundamentação e ao sabor do intérprete. A distinção é um processo de comparação, um exercício de interpretação da norma de um caso para aproximá-la a outro. Nesta tentativa de emoldurar casos, os limites do precedente podem ser expandidos ou contraídos. A sucessão de precedentes delinearão seu âmbito de alcance<sup>473</sup>.

Parece certo, portanto, que a distinção de casos anteriores auxilia no refinamento da *ratio decidendi*, determinando de forma mais clara o âmbito de abrangência do precedente.

---

<sup>471</sup> “Most courts will distinguish cases fairly routinely and without controversy. The task will not always be straightforward because, as we saw in the previous chapter, the discursiveness of common law judgments can make the identification of rationes difficult. Nor would it be correct to think that a court distinguishes cases merely by drawing attention to factual differences between them: courts are not only drawing a distinction but also arguing that the distinction is material, that it provides a justification for not following the precedent. Not just any old difference provides such a justification: the distinction must be such that it provides a sufficiently convincing reason for declining to follow a previous decision. Since it is for judges themselves to identify significant differences – to determine, as it were, their own criteria of relevance – is it not easy for them to distinguish away the authority of any precedent? Sometimes it will be easy, no doubt, but not usually so; for distinguishing appropriately is as much a judicial norm as is the doctrine of stare decisis itself. The judge who tries to distinguish cases on the basis of materially irrelevant facts is likely to be easily found out. Lawyers and other judges who have reason to scrutinize his effort will probably have no trouble showing it to be the initiative of someone who is careless or dishonest, and so his reputation might be damaged and his decision appealed. That judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them”. DUXBURY, op. cit., p 114.

<sup>472</sup> HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 175.

<sup>473</sup> STONE, Julius. **Precedent and law**. Sydney: Butterworths, 1985. p. 227.

Duxbury é claro quando exige que “if a judge says that the precedent should not be followed, it is expected that he will say why it should not be followed”. Não seguir um precedente é quase uma quebra de dever moral, como deixar de manter uma promessa. Haveria uma notável falta de autoridade dos precedentes se os juízes, ao não seguir um precedente ao decidir, não precisassem fundamentar a decisão<sup>474</sup>.

Distinguir é afrouxar os domínios do precedente<sup>475</sup>. De fato, distinguir um precedente não significa dizer que ele é inaplicável. A distinção, regra geral, é reconhecer que o caso em análise não se aplica à norma do precedente do caso passado, sem que sua integridade seja afetada. Nesse ponto, é certa a observação de Alexandre Freitas Câmara de que “a distinção entre casos, portanto, não é uma forma de se deixar de aplicar o padrão decisório, mas – ao contrário –, uma forma de respeitá-lo”<sup>476</sup>.

Mas há casos que a sistemática distinção esvazia a força do precedente originário. É o caso do *excessive distinguishing*. Quando um tribunal distingue casos, ele não está revogando o precedente que não for aplicado, mas alterando-o, de forma que o último caso fique fora de seu escopo.

Todavia, Summers adverte que, por vezes os juízes se utilizam da técnica de distinção para desviar propositalmente do precedente, por não concordarem com suas razões. O *excessive distinguishing*, como ele denomina, pode criar exceções à regra do precedente, que enfraquecem demasiadamente a decisão e, pelo número de distinções, podem desnaturar sua condição de precedente<sup>477</sup>.

---

<sup>474</sup> “Refusal to follow a precedent is thus analogous to refusal to comply with a moral obligation, such as keeping a promise: the obligation is not absolute, but a justifiable refusal to comply must be supported by certain kinds of reasons”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008. p. 113.

<sup>475</sup> “Distinguishing is obviously one method by which judges loosen the grip of precedent”. DUXBURY, op. cit., p. 117.

<sup>476</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 290.

<sup>477</sup> “Sometimes judges exercise their power to distinguish a precedent to draw excessively fine or unreal distinctions, thereby eroding the precedent without expressly overruling it [...] Courts may also create 'exceptions' to the rule that are really hostile to it. This is a technique whereby courts draw distinctions, in the form of exceptions, that seem plausible in form but are in substance either inconsistent with the announced rule, given the social propositions that support the rule, or impossible to administer in such a way that cases are treated in a consistent fashion”. SUMMERS, Robert S. Precedent in United States (New York State). in: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997, p. 392.

Ele constata que as exceções e distinções são frequentemente criadas em casos que estabelecem regras gerais sem consideração adequada das consequências. Nesses casos, os tribunais rejeitam a regra para evitar resultados absurdos ou inconsistentes, mas normalmente as mantêm na medida em que os resultados que ela produz parecem adequados<sup>478</sup>.

A criação de inúmeras distinções à regra do precedente pode causar seu esvaziamento, uma vez que sua aplicação, ao invés de conduta a ser seguida é deixada de lado para suportar somente as exceções.

O excessivo número de distinções pode levar ao enfraquecimento do precedente. Mesmo que o precedente não seja expressamente superado, sua não aplicação de forma sucessiva acaba por derruir a aplicação da norma nele contida. Isto porque o precedente passa a ser tantas vezes distinguido que os atos de distinção passam a ser claramente direcionados ao seu enfraquecimento, redundando em sua superação futura<sup>479</sup>.

Deve ficar claro que a distinção não pode ser realizada porque o aplicador não é simpático ao precedente. A regra do *stare decisis* é necessariamente mais forte que a opinião pessoal do juiz. Nas hipóteses de ausência de similaridade fática e nos casos em que não é possível falar em aplicação da norma do precedente, a intérprete está numa zona permissiva para realizar a distinção.

Outra forma equivocada de distinguir é o chamado *inconsistent distinguishing*. Mesmo havendo a hipótese para a incidência da norma do precedente ao caso concreto, com semelhança de fatos e de conteúdo, o aplicador inadvertidamente nega sua aplicação.

Segundo Lucas Buril de Macêdo:

[...] as distinções inconsistentes como prática não significa dizer que são permitidas, muito pelo contrário, seu uso é vedado e deve ser compreendido como realmente é: trata-se de erro na aplicação de uma norma jurídica, o que está sujeito à reforma ou cassação mediante recurso<sup>480</sup>.

A distinção inconsistente deve ser tratada como erro na aplicação do precedente. É como se para um determinado caso, a solução correta fosse a aplicação de uma *ratio X*

---

<sup>478</sup> SUMMERS, op. cit. p. 393.

<sup>479</sup> GERHART, Michael. **The power of precedent**. Oxford: University Press, 2008. p. 37.

<sup>480</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 28

contida no precedente, mas o intérprete escolhe o contido nos motivos do precedente Y para sustentar sua decisão.

A aplicação de precedentes e a realização dos processos de distinção, seria desnecessário dizer, estão sujeitos a erros. Para a sua correção utilizam-se recursos que os sistemas processuais põem à disposição, cada um na sua particularidade.

O que se combate é o erro deliberado na conduta da distinção inconsistente, que não encontra respaldo em ordenamentos jurídicos que prezam pela boa-fé entre os atores processuais. Deixar de aplicar inadvertidamente precedente contraria o direito e desrespeita a hierarquia institucional que emprega força vinculante aos comandos judiciais.

#### 2.4.2 Superação (*Overruling*)

Em regra geral, os precedentes devem ser seguidos. Se a norma do precedente for válida e eficaz, bem como sua vinculação respaldada pela lei (caso brasileiro), e o juiz formalmente vinculado pela hierarquia judicial, não pode deixar de aplicar o precedente.

Quando juízes aplicam o *overruling*, superando um precedente, em caso com identidade material, eles declaram que uma nova norma deve ser seguida a partir de então<sup>481</sup>.

Seguir e aplicar precedentes, mesmo que não se concorde com a decisão, é a pedra de toque de um sistema afetado pelo *stare decisis*. Não fosse assim, as decisões seriam meras vontades judiciais, alternando de configuração à medida que analisadas por julgadores diferentes. O CPC inserindo decisões com força vinculante e colocando à disposição remédio processual para seu descumprimento (Reclamação, por exemplo), busca implementar o *stare decisis* no sistema brasileiro.

Isto porque, na sistemática dos países que trabalham com precedentes (em comparação, os EUA têm maior tendência a realizar superações do que a Inglaterra<sup>482</sup>), dificilmente um precedente será revogado por não se concordar ou não ser simpático a ele.

---

<sup>481</sup> “When judges overrule a precedent they are declining to follow it and declaring that, at least where the facts of a case are materially identical to those of the case at hand, a new ruling should be followed instead”. DUXBURY, op. cit., p. 112.

<sup>482</sup> “The power should be used sparingly [ . . . ] it should only be in rare cases that we should reconsider questions of construction of statutes or other documents” *Jones v. Secretary of State for Social Services* [1972] AC 944, 966, HL, Lord Reid – retirado da obra: DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008. p. 117.

Antes, é preciso demonstrar que a decisão mal aplicou uma lei ou estatuto, deturpando o sistema legal<sup>483</sup>. Nesses casos, a anulação pode ser entendida como um método pelo qual um tribunal nega um precedente para defender a lei<sup>484</sup>.

“The authority of the precedent is independent of the court’s view as to its correctness or incorrectness”<sup>485</sup>, ou seja, a apreciação valorativa do juiz em casos de flagrante aplicação do precedente não pode justificar seu abandono. Antes o magistrado pode reforçar seus pontos de vista, objetivando criar material para um futuro *overruling*, mas jamais deixar de aplicar a norma do precedente<sup>486</sup>.

O *stare decisis* trabalha na premissa da segurança e racionalidade do direito. E estes dois valores não se alcançam sem um mínimo de respeito a decisões emanadas por tribunais, às quais a legislação brasileira conferiu força vinculante.

Assim como o juiz deve ter como limite interpretativo a lei, para ficar no ordenamento do *civil law*, também será com o precedente. Obviamente que não defendemos uma vinculatividade absoluta. Se a vinculação cega não ocorre nem em relação à lei, igualmente não será em relação ao precedente.

Vimos que o precedente judicial é o texto do qual se deriva uma norma. Os fatos que se tomam como evidentes para a resolução de um caso (*ratio decidendi*), constroem a norma do precedente. E “para que se evite a aplicação da norma, quando há repetição do mesmo suporte fático, é necessário que o juiz supere a norma do precedente (*overruling*)”<sup>487</sup>.

---

<sup>483</sup> DUXBURY, op. cit., p. 119-120.

<sup>484</sup> “[...] once a court of last resort ‘has formally accepted that its decisions may sometimes be wrong ‘it follows’ – since a legal decision can only be wrong if it is contrary to law – that the law must be something higher than any decision”. BAKER, J.H. **The Law’s Two Bodies: some evidential problems in English Legal History**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 5.

<sup>485</sup> DUXBURY, op. cit. p. 24.

<sup>486</sup> “The primary objective of the court which produced the precedent was to decide a dispute according to law, and it is the ‘according to law’ that is and ought to be the focus on subsequent judges decisionmaking”. WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. **Michigan Law Review**, v. 111:1, 2012. p. 30.

<sup>487</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 281.

O precedente não é um comando inexorável<sup>488</sup>. Ao contrário do que alguns defendem, o precedente não contribui para a estagnação do direito. Aplicar precedentes, antes de impedir a evolução do direito, é conferir ao jurisdicionado um sistema mais estável e previsível.

Jeremy Waldron faz crítica aos que defendem o absoluto enrijecimento do *stare decisis* e dos precedentes vinculantes. Para ele, os precedentes não são o único meio de conhecimento jurídico, antes o integram<sup>489</sup>.

Quanto melhores os precedentes forem construídos substancialmente, maior a sua chance de perenizar. Mas nenhuma decisão precedente possui a garantia de que será mantida no futuro.

Poderíamos fazer uma exceção aos chamados super-precedentes do sistema americano, que, de tantas vezes utilizados como razão de decidir ao longo do tempo, ficam tão arraigados no sistema jurídico, tornando muito improvável conceber sua superação<sup>490</sup>. O exemplo mais preciso, a nosso ver, seria o de *Murbury v. Madison*, que assegurou o *judicial review*.

Outro famoso caso que pode ser considerado um super-precedente é o *Miranda v. Arizona* 384 US 436 (1966). A SCOTUS protegeu o direito do suspeito a não se autoincriminar mesmo no interrogatório policial. Este caso é tão emblemático que até mesmo

---

<sup>488</sup> “Overruling precedent is never a small matter. Stare decisis—in English, the idea that today’s Court should stand by yesterday’s decisions—is “a foundation stone of the rule of law.” *Michigan v. Bay Mills Indian Community*, 572 U. S. (2014). Application of that doctrine, although “not an inexorable command,” is the “preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process.” *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808-828 (1991). It also reduces incentives for challenging settled precedents, saving parties and courts the expense of endless litigation”. Ambos os casos estão disponíveis em: <<https://www.oyez.org>>. Acesso em: ago. 2019.

<sup>489</sup> “If they feel strongly enough about this, they might succeed in getting the earlier precedent overturned. But, to the extent that stare decisis has any influence in the matter, it will make this process more difficult. In other words, it will make it harder for them to follow their duty of fidelity to the law as they understand it, for it will press them toward (what they regard as) an erroneous reading of the doctrinal background simply because some person enshrined that reading in an earlier decision. As before, stare decisis can pull us in a direction opposite to the commands of the rule of law”. WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. *Michigan Law Review*, v. 111:1, 2012. p. 8.

<sup>490</sup> “Super precedents are no unique to the courts, but rather are constitutional decisions in which public institution have heavily invested, repeatedly relied, and consistently approved over significant periods of time. There are decisions, which have been so repeatedly and widely cited for long that their meaning and value have increased to the point of being secured by enduring networks. They are deeply and irrevocably embedded into our culture and national consciousness, so much so that it seems un-American to attack, much less to formally reconsider them. These decisions are de clearest instances in which the institutional values promoted by fidelity to precedent – consistency, predictability, and social reliance – are compelling”. GERHART, Michael. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 178.

no direito brasileiro a regra de Miranda é conhecida, mesmo que muitos não saibam exatamente o seu significado. A decisão se incorporou tão profundamente no cotidiano judicial americano que, além da frase “você tem direito de permanecer calado e a um advogado, tudo o que disser pode ser utilizado contra você no tribunal”, presente numa centena de filmes, o ato tornou-se verbo: *to mirandize* (*read the Miranda rights to*).

A Suprema Corte decidiu que no momento da prisão, os policiais devem aconselhar os suspeitos de seu direito de permanecer em silêncio e de obter um advogado durante os interrogatórios enquanto estiverem sob custódia policial<sup>491</sup>.

O caso Miranda se tornou tão padronizado dentro do sistema de justiça criminal americano que superá-lo criaria mais problemas do que mantê-lo. Isso tanto é verdade que a Corte Rehnquist (em referência ao Chief Justice William Rehnquist), notadamente conservadora e contrária ao ativismo judicial, teve a chance de superar o precedente em *Dickerson v. United States* 530 US 428 (2000), mas decidiu não fazê-lo por um placar de 7 votos contra 2. A pergunta se o Congresso poderia legislar de forma contrária a *Miranda v. Arizona* e suas advertências que governam a admissibilidade de declarações feitas durante o interrogatório de custódia foi respondida negativamente pela SCOTUS<sup>492</sup>.

No Brasil, o “Aviso de Miranda” fala pelo inciso LXIII do artigo 5º: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Falamos no primeiro Capítulo que inicialmente o sistema de precedentes no *common law* tinha característica de imutabilidade. Isso tanto é verdade que a *House of Lords* demorou séculos para decidir que a Corte, embora vinculada aos seus precedentes, estaria autorizada a

---

<sup>491</sup> A *majority opinion* (opinião majoritária) foi lançada da seguinte forma: “The Fifth Amendment requires that law enforcement officials advise suspects of their right to remain silent and to obtain an attorney during interrogations while in police custody”. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1965/759>>. Acesso em: ago. 2019.

<sup>492</sup> “In a 7-2 opinion delivered by Chief Justice William H. Rehnquist, the Court held that Miranda governs the admissibility of statements made during custodial interrogation in both state and federal courts. ‘Miranda has become embedded in routine police practice to the point where the warnings have become part of our national culture’, wrote Rehnquist. Miranda announced a constitutional rule that Congress may not supersede legislatively. We decline to overrule Miranda ourselves’, concluded the Chief Justice”. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1999/99-5525>>. Acesso em: ago. 2019.

superá-los. O argumento utilizado na época foi não obstar a evolução do direito, acompanhando as transformações sociais<sup>493</sup>.

A questão é saber quais as condições são relevantes para que seja possível superar um precedente. Certamente que não qualquer razão aleatória. Para superar um precedente, o intérprete tem duplo dever de fundamentação, porque além de compreender que o precedente não pode ser mais aplicado, deve justificar os motivos que apoiam a nova decisão.

Robert Summers visualiza pelo menos três hipóteses em que o precedente terá motivos para ser revogado. Primeiro, quando as inovações tecnológicas ou melhorias tornam o precedente obsoleto. O segundo motivo ocorre quando a mudança ou o abandono do precedente é necessário para alinhar o sistema em relação aos valores sobre os quais o precedente foi baseado, mas não são mais toleráveis. E em terceiro lugar, são os casos em que a decisão se baseou em premissa equivocada<sup>494</sup>.

Mas essa alteração aparentemente óbvia não vem desacompanhada de fundamentação. Os juízes que desejam se afastar dos precedentes prestam contas de si mesmos. A superação de um precedente não pode simplesmente ser arbitrária, sua razão deve ser especialmente séria ou forte<sup>495</sup>.

Para nos mantermos rente ao direito brasileiro, podemos apontar como uma hipótese de superação do precedente a promulgação de lei que contraria seu conteúdo. No capítulo passado dissemos que o precedente no direito brasileiro está conectado à lei, não podendo contrariá-la. Havendo alteração da lei que fundamenta o precedente, sua superação nos parece

---

<sup>493</sup> No original: "LORD GARDINER L.C.: Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and, also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection, they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House". Disponível em <<https://www.queens.ox.ac.uk/sites/www.queens.ox.ac.uk/files/Law18-Reading4-Practice%20Statement%20%5B1966%5D%20WLR1234.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

<sup>494</sup> SUMMERS, Robert S. Precedent in United States (New York State). in: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997, p. 396-397.

<sup>495</sup> "[...] if a precedent is to be overruled, the reason for so doing must be especially serious or strong". DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008, p. 117.

inarredável. Mesmo no sistema do *common law*, em que o precedente é fonte primária de direito, não se admite sua contrariedade à lei<sup>496</sup>.

A superação do precedente qualificado em si somente pode ocorrer pelo tribunal que o pronunciou. Obviamente, quem possui competência para estabelecer o precedente qualificado, é competente para deliberar sobre a superação. Mesmo no caso de promulgação de lei que contrarie o conteúdo do precedente será necessário, a nosso ver, uma decisão do tribunal revogando o precedente.

Dentro deste quadro, a razão mais óbvia para superar um precedente é a ocorrência de um erro<sup>497</sup>. Mas a simples constatação de um erro muitas vezes não é motivo suficiente, por si só, para revogar um precedente. Pode-se exigir que o erro tenha provocado uma decisão injusta, por exemplo<sup>498</sup>.

Dois exemplos da SCOTUS (*Supreme Court of United States*) bem retratam que a superação de um precedente deve ser tomada com fortes razões e sempre fundamentada.

*Planned Parenthood of S.E. Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 864 (1992)<sup>499</sup>, uma nova legislação impôs restrições a realização de abortos, além das estabelecidas no famoso precedente *Roe v. Wade*. As clínicas autorizadas a realizar os procedimentos se insurgiram contra o novo regramento.

O argumento principal era da força do precedente estabelecido. Desde a decisão deste Tribunal no processo *Roe v. Wade*, uma geração de mulheres norte-americanas havia

---

<sup>496</sup> “[...] ao seguir um precedente, os tribunais podem considerar uma restrição encontrada na norma tal como foi formulada a partir do caso anterior, com a justificativa de que não é exigida por nenhuma norma estabelecida mediante lei positivada ou precedente judicial. Isso equivale a ampliar o alcance da norma. Apenas dessas duas formas de atividade normativa, deixadas em aberto pela força obrigatória do precedente, o sistema inglês de precedentes acabou por produzir, com o uso, um conjunto de normas das quais um vasto número, tanto de grande quanto de menor importância, é tão preciso quanto qualquer norma legislada. Essas normas só podem, a partir de então, ser alteradas através de legislação nova, como declaram frequentemente os próprios tribunais em casos cujo ‘mérito’ parece apontar em sentido contrário às exigências dos precedentes estabelecidos”. HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 175.

<sup>497</sup> Neste sentido: *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 352–3 (1936): “This Court, while recognizing the soundness of the rule of stare decisis where appropriate, has not hesitated to overrule earlier decisions shown, upon fuller consideration, to be erroneous”. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/297us288>>. Acesso em: ago. 2019.

<sup>498</sup> Bom exemplo é a decisão hoje mundialmente conhecida – *Dred Scott v. Sandford*, 60 US 393 (1856) –, na qual foi negada a legitimidade de um ex-escravo pleitear em juízo pela sua liberdade por ser considerado “coisa” e não cidadão americano, hoje superada pela edição, inclusive, de emendas à Constituição Americana.

<sup>499</sup> Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1991/91-744>>. Acesso em: ago. 2019.

amadurecido com a certeza de que a Constituição oferece o mais alto nível de proteção para suas decisões de gravidez.

O argumento para reafirmar o precedente foi o de que “a decision to overrule should rest on some special reason over and above the belief that a prior case was wrongly decided”.

Em *Hubbard v. United States*, 514 U.S. 695, 716 (1995)<sup>500</sup>, a Corte decidiu superar seu entendimento sobre o “Estatuto de Declaração Falsa”, para as declarações feitas no curso de processos judiciais de falência. Foi mencionado documento que proibia a realização de declarações conscientemente falsas em qualquer assunto dentro da jurisdição de qualquer departamento dos Estados Unidos, sendo considerada uma conduta criminal.

O ponto central era determinar se a expressão "em qualquer assunto dentro da jurisdição de qualquer departamento ou agência" englobaria o Tribunal de Falências em que as declarações falsas foram proferidas.

A Corte declarou que há 40 anos, no caso *United States v. Bramblett*, foi dado conceito amplo para o termo “departamento” e que ele alcançava as três esferas de governo. Mas a Corte se convenceu que *Bramblett* foi decidida incorretamente. O caso ficou famoso pelos argumentos do *Justice Scalia* sobre o *overruling*. Para ele a doutrina do *stare decisis* protege as expectativas legítimas daqueles que vivem sob a lei e quem deseja superar um precedente deve apresentar razões que vão além da mera demonstração de que a opinião anulada estava errada<sup>501</sup>.

Pode-se também advogar pela superação do precedente quando alteradas as bases que o sustentam. Alterações de leis são bastante comuns para acompanhar a evolução da sociedade e prever novos regramentos sobre economia, relações privadas, contratos públicos, etc. Com os precedentes ocorre da mesma forma. Buscando atender questões sociais, econômicas e políticas, pode haver fundamento para a revogação e superação de um entendimento adrede considerado.

---

<sup>500</sup> Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1994/94-172>>. Acesso em: ago. 2019.

<sup>501</sup> “The doctrine of *stare decisis* protects the legitimate expectations of those who live under the law [...] Who ignores it must give reasons, and reasons that go beyond mere demonstration that the overruled opinion was wrong (otherwise the doctrine would be no doctrine at all)”. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1994/94-172>>. Acesso em: ago. 2019.

Evidente que não é toda e qualquer alteração no quadro fático e da realidade social que importará na superação do precedente, mas também, o excesso de rigidez na avaliação dos casos que se pretende superar comprometeria a sua eficácia. Mas a superação de entendimentos sedimentados nos tribunais é vista com naturalidade, seja em sistemas afetados pela *common law* ou *civil law*<sup>502</sup>.

Primeiro, suas razões devem ser substanciais a ponte de justificar a revisão do entendimento fixado na norma do precedente em vigor; segundo, deve-se justificar cabalmente que o contido no precedente atual não mais retrata a realidade, sendo necessária sua revogação.

De forma prática, a possibilidade de superação de um precedente depende da análise em dois momentos: “primeiro se atesta a existência de precedente aplicável ao caso, para, em momento seguinte, apresentar razão para sua não aplicação ao caso, haja vista não oferecer mais adequada solução jurídica à temática que novamente se (re)apresenta”<sup>503</sup>.

Marcos Félix Jobim e Zulmar Duarte de Oliveira Júnior são pontuais, a nosso ver, em elencar quatro hipóteses mínimas para que seja considerada a superação de um precedente. Em primeiro plano, (a) defasagem do precedente, que na mudança da realidade de condições jurídicas, sociais, políticas ou econômicas serviram de base a sua formação<sup>504</sup>. Também justificam a superação (b) a perda de vigor do precedente, quando a norma do precedente não

---

<sup>502</sup> “The second major similarity between common law and civil law systems is that all these systems accommodate justified legal change and evolution through judicial as well as legislative action, that is, through precedent. Stare decisis does not signify stasis in law, conceptually or otherwise. Common law and civil law practice, each in like fashion to the other, likewise admit of justified departures from precedent, though we believe this tends to be conducted more openly in common law systems than in most civilian ones. And in both types of systems, new precedents are set which take the place of the precedents set aside or modified, though in civil law systems this is done less overtly. Moreover, what common law judges call 'cases of first impression' cases calling for a fresh interpretation of statute law or calling for case law on which no precedent has hitherto been set arise with some frequency in all systems, and decisions here frequently set important precedents, even ones commencing whole new lines of decision. Further, various types of conflicts between precedent emerge and are resolved. In all these ways, common law courts and civil law courts set aside or renovate old precedents and create new precedents with formally binding or other force, thereby contributing to the overall evolution and development of the law”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. in: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997. p. 535.

<sup>503</sup> JOBIM, Marcos Félix; OLIVEIRA JR. Zulmar Duarte de. 2019. No prelo.

<sup>504</sup> Exemplo que descreve este fenômeno é a evolução da jurisprudência do direito de família, que sofreu grande transformação ao longo dos anos. No REsp 1.279.624/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, foi decidido que os filhos extraconjugais têm direito a participar na sucessão, mesmo que depois do inventário. Ainda mais emblemáticas foram os julgamentos do STF das ADI n. 4277 e a ADPF n. 132, que reconhecerem a união estável para casais do mesmo sexo.

acompanha o comportamento humano<sup>505</sup>. No caso de (c) incoerência coetânea do precedente, por considerar incorreta a regra na qual se funda o precedente<sup>506</sup>. E, por último, (d) a inconsistência atual do precedente, que confrontado com decisões posteriores, não se justifica mais no presente.

Daniel Mitidiero também faz boa análise das condições que levam à superação do precedente:

A superação total de um precedente (overruling) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e da sua consistência sistêmica ou a um evidente equívoco na sua solução. Quando o precedente carece de congruência e consistência ou é evidentemente equivocado, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica, liberdade e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), com o que deve ser superado, sob pena de estancar-se o processo de contínua evolução do Direito. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedentes (*basic overruling principle*).<sup>507</sup>

Além da superação que tratamos aqui, em que um entendimento é revogado e substituído por outro, pode haver casos também de superação parcial do entendimento, em que *ratio decidendi* é superada somente em determinada medida.

No ponto “[...] a superação parcial segue as mesmas regras da superação total, especialmente a modulação de efeitos da alteração, em prol da segurança jurídica...”<sup>508</sup>.

E é a partir daqui que faremos um gancho com as modalidades da transformação (*transformation*), de reescrita (*overriding*) e sinalização (*signaling*), que podem ser consideradas formas de superação parcial de precedentes.

A bem da verdade, é que a *transformation* pouco difere da superação, mas não deve ser encarada senão com críticas. No caso, embora se afirme que na transformação não se esteja realizando a superação total do precedente, sua norma recebe nova roupagem. Segundo Buriel

<sup>505</sup> Este caso pode ser bem ilustrado pela Súmula Vinculante 11 do STF, que trata do uso de algemas. Seu conteúdo vem sendo constantemente questionado pela incapacidade do texto sumular fazer frente à realidade.

<sup>506</sup> Caso do REsp 1.735.097/RS, que se entendeu pela não aplicação da Súmula 490 às ações previdenciárias (“A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas”), porque o CPC/2015 fez nova parametrização de valor, especialmente sobre as sentenças ilíquidas do INSS. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial n. 1.735.097/RS**. Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 10.10.2019.

<sup>507</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 119/120.

<sup>508</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 153.

“muito embora o tribunal afirme que está a aplicar a regra de determinado precedente, ao reconstruí-la equivocadamente, acaba por aplicar uma nova norma, ou seja, ela origina um *ratio decidendi* distinta daquela do precedente que se afirma aplicar”<sup>509</sup>.

A *transformation* pode ser vista como uma prática e não como uma técnica de superação de precedentes e entendemos deva ser evitada<sup>510</sup>. O que torna a prática equivocada não é propriamente a superação do precedente em si, mas o fato de que se realiza um *overruling* sem se admitir.

O CPC procurou adotar mecanismos para deixar transparente a mudança de entendimento dos tribunais, especialmente as hipóteses de superação de entendimento da jurisprudência e precedentes. Não por menos o § 2º do art. 927 do CPC estabelece que “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”. E também no § 4º “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

As críticas à *transformation* também partem do direito americano. Autores como Christopher J. Peters<sup>511</sup> entendem que a técnica pode ser ofensiva ao *stare decisis* e à segurança jurídica. Ele considera a prática indecorosa e questiona os motivos que levam o tribunal a fazer a superação escamoteada ao invés de declarar a revogação do precedente. Há uma crítica direta à anulação de precedente por baixo dos panos (*under-the-table overruling*).

Peters faz a análise de que a transformação pode ser uma técnica utilizada pelos juízes para passar uma aparência de imparcialidade enquanto corrigem o que o tribunal considera um precedente decidido incorretamente (*underruling may allow the Court to have its cake and eat it too*). Para ele, a *transformation* é uma tática premeditada, que permite à Corte reduzir a importância social e política da tomada de decisão, liberando espaço para seguir sua agenda

---

<sup>509</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 299.

<sup>510</sup> MACÊDO, op. cit., p. 299.

<sup>511</sup> PETERS, Christopher J. Under-the-Table Overruling. **Wayne Law Review**, v. 54, n. 1, 2008. p. 1.

sem a pressão da opinião pública. Além disso, na *transformation* pode haver a quebra da *ratio decidendi*, o que implica em prejuízo à segurança, porque não é possível saber ao certo se houve a superação do precedente e se sua aplicação será mantida no futuro. Não bastasse, a transformação causa incerteza no direito, tendo em vista que nem todos os juízes notarão que houve alteração na norma do precedente<sup>512</sup>.

A superação do precedente, a nosso sentir, deve ser feita de forma explícita. Promover alterações na norma do precedente, sem que fique claro os motivos e o alcance dessas modificações, não coaduna com os princípios da transparência e lealdade na relação entre partes e julgadores.

Alterar a *ratio decidendi* do precedente e optar pela transformação poderia causar confusão e dificuldade de detecção da comunidade jurídica de que os motivos determinantes daquele antigo precedente foram alterados.

O *overriding*, a seu tempo, ocorre quando o tribunal redefine o âmbito de incidência do precedente, normalmente restringindo seu alcance.

Na definição de Daniel Mitidiero:

Há reescrita quando a corte redefine o âmbito de incidência do precedente. O precedente é normalmente reescrito com o fim de restringir o seu âmbito de aplicação. A partir da reescrita algo que não foi considerado na decisão anterior é sopesado e aí o seu alcance é comprimido.<sup>513</sup>

Na reescrita do precedente não se vislumbra uma revogação, mesmo que parcial. O que ocorre é uma necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente formado. É um novo entendimento que pode permitir que um mesmo caso não seja submetido a mesma decisão do anterior. Resumindo, é como se o caso anterior, visto na perspectiva atual, recebesse outra solução<sup>514</sup>.

Na doutrina nacional, para buscar um exemplo que se assemelhe com a técnica do *overriding*, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior descreve a interpretação dada pelo STF à

---

<sup>512</sup> PETERS, op. cit., p. 40.

<sup>513</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 119.

<sup>514</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 247-248.

Súmula 343<sup>515</sup>. Após a publicação do enunciado, o STF limitou o seu alcance, entendendo que a regra não se aplica à violação de dispositivo constitucional<sup>516</sup>.

O expediente vai ao encontro do entendimento de que “através do *overriding* [...] é possível limitar a incidência do precedente, uma vez que não mais se aplica em sua totalidade”<sup>517</sup>.

Concordamos com Lucas Buril de Macêdo que importar a técnica do *overriding* ao direito brasileiro não representaria utilidade ao nosso sistema. Em nossa visão, assim como a do autor, a reescrita causaria confusão, inclusive, com técnicas mais claras de aplicação de precedentes, caso da superação e distinção<sup>518</sup>.

A sinalização, por seu turno, é uma técnica pela qual o Tribunal, embora aplique o precedente, deixa evidenciar que ele não é mais confiável ou que não tem a mesma consistência de outrora.

É possível dizer que a técnica do *signaling* visa a proteção à segurança, porque antes de adotar uma decisão que represente uma ruptura do posicionamento até então vigente, informa às partes e aos jurisdicionados que o caminho para a superação foi aberto. Classificaríamos o *signaling* como um julgamento de alerta para a mudança do precedente consolidado. Cumpridos os valores da confiança e previsibilidade, o Tribunal poderá superar o precedente mais adiante sem que haja surpresa pelos jurisdicionados.

Calha o ensinamento de Marinoni ao constatar que “nesta hipótese, o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir, mas, em virtude da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, preferindo apontar para a sua perda de consistência e sinalizar para a sua futura revogação”<sup>519</sup>. E adiciona que, no caso do *signaling*, “mantém-se o precedente unicamente em virtude da segurança jurídica, previsibilidade dada

---

<sup>515</sup> “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

<sup>516</sup> ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 93-94.

<sup>517</sup> PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. **Os precedentes judiciais e a razoável duração do processo: uma análise a partir da teoria do direito da integridade de Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 104.

<sup>518</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 324.

<sup>519</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 238.

aos jurisdicionados e da confiança que o Estado deve tutelar, ainda que não se duvide que sua manutenção está em desacordo com o ideal de direito prevalente à época”<sup>520</sup>.

Na sinalização, embora a superação não ocorra do momento da decisão, fica avisado que este se dará futuramente, o que permite ao jurisdicionado se readequar e evitar prejuízos ao praticar atos que contrariem o posicionamento sinalizado. Veja, não há ligação da *technique of signaling* com o *overruling*, uma vez que a decisão que sinalizou a possível mudança de entendimento está abrindo campo para a superação do precedente em caso de nova tentativa de aplicação.

Podemos trazer como decisão que se aproxima do *signaling* a Reclamação 23.017/MG<sup>521</sup>, no qual se afirmou a necessidade de revisão da tese 134 (pagamento de honorários à Defensoria Pública), pela superveniência das EC n. 74/2013 e 80/2014.

A alteração legislativa sobre a questão e a indicação de mudança de voto do Ministro Roberto Barroso podem ser interpretadas como indicativo de que a Corte, quando tiver a oportunidade, pode alterar seu entendimento sobre a matéria. E isto tanto se fez verdade que no tema de repercussão geral 1.022 (RE n. 1.140.005/RJ) a Corte decidiu conferir repercussão geral à matéria, principalmente pelos motivos levantados pelo relator no caso anterior.

De mais a mais, a aplicação de precedentes, consubstanciadas nas modalidades aqui tratadas, da distinção à revogação ou superação, deve ser encarado como um evento significativo e ser acompanhado de publicidade. As novas razões que fundamentam a mudança de entendimento devem ser claras e acessíveis ao jurisdicionado.

Para concluir a temática da superação, entendemos importante trazer à discussão, mesmo que breve, das modalidades do *anticipatory overruling* e do *prospective overruling*. Em primeiro, a superação antecipada parece ter sido incluída formalmente no CPC; segundo, a modulação de efeitos nos casos de superação de entendimento firmado em precedente também foi tema tratado diretamente no código.

---

<sup>520</sup> Ibidem.

<sup>521</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 23.017/ES**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 25.04.2018.

#### 2.4.2.1 Superação antecipada (*Anticipatory overruling*)

*Anticipatory overruling* é o instrumento utilizado para deixar de aplicar um precedente pelos tribunais inferiores quando a Suprema Corte deu notícias de que não irá mais seguí-lo.

No exemplo brasileiro, é como se um Tribunal Estadual, sabendo que um mencionado precedente do STF perdeu sua força por questões supervenientes, deixa de aplicá-lo por entender que o Supremo irá revogar sua decisão.

Juízes e tribunais que, vinculados ao precedente de forma vertical ou horizontalmente (CPC, artigo 927), podem deixar de aplicá-lo mediante a utilização da técnica de superação antecipada (*anticipatory overruling*). Confere-se a eles a possibilidade de desaplicarem o precedente quando se verificar que o próprio tribunal competente está em vias de alterá-lo.

O expediente pode ser usado, inclusive, em decisões liminares em órgão colegiados, quando o Tribunal deu sinais de que não mais aplicará o precedente para casos futuros.

Ou seja, a *anticipatory overruling* ocorre quando um Tribunal Inferior ou juiz se separa da decisão de um Tribunal Superior que incorpora uma regra de direito que o Tribunal Superior não repudiou, seja explicitamente ou por implicação<sup>522</sup>.

Exatamente o sentido do artigo 489, § 1º, inciso VI, do CPC<sup>523</sup> permite que os juízes deixem de seguir o precedente qualificado quando apontem o estado de superação do entendimento. A única inteligência possível que emana da autorização contida, *contrario sensu*, no artigo 489, § 1º, inciso VI, do CPC, é a possibilidade conferida ao juiz de não aplicar o precedente qualificado enunciando sua superação antecipada (*anticipatory overruling*)<sup>524</sup>.

<sup>522</sup> “Anticipatory overruling, by contrast, occurs when a lower court departs from a higher court's decision embodying a rule of law that the higher court has not repudiated either explicitly or by implication”. KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. **Fordham Law Review**, v. 51, issue 1, 1982, p. 57.

<sup>523</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

<sup>524</sup> JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Ultrapassando o precedente: anticipatory overruling. **Revista de Processo**, v. 285, nov. 2015. p. 341-362.

Em excelente artigo sobre o tema, Margaret Kniffen observa que normalmente as hipóteses de *anticipatory overruling* consistem: (a) na crença de que o precedente perdeu sua força, embora não rejeitado por decisões da Suprema Corte, (b) na percepção de uma tendência nas decisões da Suprema Corte em relação a outra regra e (c) na conscientização de que a Suprema Corte indicou em outras opiniões que está aguardando um caso apropriado para derrubar o precedente<sup>525</sup>.

Ligados a essas hipóteses, podem estar também: (d) a mudança de membro componente da Corte e que possui uma visão diferente de seus membros, (e) uma suposição de que a decisão se baseou em erro ou engano no momento da prolação.<sup>526</sup>

Margaret Kniffen entende que não importa quão rígido é o apego a precedentes no sistema jurídico, ele sempre deve ter um espaço para a flexibilidade. A questão é saber se o sistema é suficientemente flexível para acomodar o *anticipatory overruling*<sup>527</sup>.

Sobre (a) a erosão do precedente, Kniffen entende que um precedente da Suprema Corte poder ser superado antecipadamente pelo tribunal quando seu conteúdo é alterado por sucessivas decisões, perdendo a força de vinculação. Segundo ela “[...] subsequent decisions may have indicated so great a departure from its previous attitude that the court of appeals may perceive that a significant part of the underpinnings of the precedent has been worn away”<sup>528</sup>. Tecnicamente o precedente da Suprema Corte ainda existe, mas sua condição de validade foi minada.

O *anticipatory overruling* ainda pode ocorrer quando (b) um tribunal identificar uma nova tendência de entendimento sobre determinado assunto. A situação é semelhante à que envolve erosão, mas aqui o precedente não foi minado; em vez disso, foi deixado intacto, mas isolado do pensamento atual<sup>529</sup>.

---

<sup>525</sup> KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals. **Fordham Law Review**, v. 51, issue 1, 1982, p. 53.

<sup>526</sup> KNIFFEN, op. cit., p. 53-54.

<sup>527</sup> KNIFFEN, op. cit., p. 55-56.

<sup>528</sup> KNIFFEN, op. cit., p. 61.

<sup>529</sup> KNIFFEN, op. cit., p. 63.

Sobre a possibilidade de aplicar o *anticipatory overruling* na hipótese de (c) a Suprema Corte anunciar que está aguardando um caso apropriado para superar o precedente, reside na crença de que o precedente será superado no futuro<sup>530</sup>.

No tocante à (d) mudança de membro do colegiado ou mesmo de entendimento particular de um ministro, segundo Kniffen, deve vir combinado com uma das hipóteses acima listadas<sup>531</sup>. A (e) inconsistência da decisão, quando comparada com decisões anteriores, sugere que poderá haver uma superação. Com isso também está ligada a possibilidade de a Corte avaliar se o precedente, na aplicação prática, teve o efeito originalmente pretendido<sup>532</sup>.

Todos esses fatores podem ser considerados pelos tribunais na decisão de antecipar. Quando a Corte já chegou ao ponto de declarar que está aguardando um caso apropriado para derrubar o precedente, ou quando os membros do colegiado anunciaram publicamente a desaprovação a um precedente, o sistema judiciário tem uma fonte de informação mais confiável sobre as opiniões do órgão que editou o precedente em comparação a qualquer outra situação. Nesse caso, o abandono ao precedente é quase que tido por um dever, porque é evidente a sua superação<sup>533</sup>.

Mas também é possível que, pelos motivos colhidos em novos casos submetidos a julgamento, a erosão do precedente fique evidenciada. O mesmo ocorre quando, pela cadeia de novos julgados, conclui-se que o precedente é inconsistente, ou também, quando as novas decisões indicaram que o efeito pretendido com o precedente não foi alcançado.

O que precisa ficar muito claro é que a superação antecipada não é uma desculpa para o juiz rivalizar com o entendimento do Tribunal. Tal como falamos na distinção, a técnica do

---

<sup>530</sup> KNIFFEN, op. cit., p. 66.

<sup>531</sup> “Although ours is a government of laws and not of men, reasonable persons may differ in interpreting the law. It is therefore not to be denied, nor is it a ground for criticism, that a change in membership on the High Court may result in a different outcome. That an individual Justice may upon further reflection revise his or her thinking on an issue is not cause for concern, as it may indicate refinement of analysis in the light of continued learning and experience”. Ibidem.

<sup>532</sup> KNIFFEN, op. cit., p. 69.

<sup>533</sup> “If a court of appeals knows that the Supreme Court will most likely adopt a new rule by overturning a precedent, perhaps there is an obligation to follow that rule, which is, in one respect, the most current law”. KNIFFEN, op. cit., p. 74.

*anticipatory overruling* não tem espaço para justificar o abandono do precedente por desacordo pessoal ou de desencontro de ideias sobre a questão<sup>534</sup>.

Não se pode ignorar que há uma dificuldade perceptível na aplicação *anticipatory overruling*. Por um lado, o juiz do tribunal pode sustentar a aplicação do precedente que se anunciou superar, mas que ainda não foi e não se pode afirmar com certeza que será. Em sentido oposto, o *stare decisis* exige um dever de fidelidade aos precedentes ainda em vigor, e deixar de aplicar um precedente ainda não revogado pode desestabilizar o sistema.

Para um sistema como o brasileiro, que pretende se tornar forte pela aplicação de precedentes qualificados, ainda busca um equilíbrio e uma melhor compreensão de como essas decisões vinculantes podem afetar o sistema judicial. Se é verdade que, por um lado, o *anticipatory* previne a aplicação injusta de precedente que será revogado, não menos verdade é, que na nossa prática judicial temos uma tendência a não respeitar decisões oriundas de instâncias superiores – esta afirmação vale principalmente quando o desrespeito de decisões parte do próprio tribunal que as editou. Pensamos, então, que para uma boa aplicação do *anticipatory overruling* devem estar fielmente categorizadas a possibilidade de superação ou revogação do precedente.

#### 2.4.2.2 *Prospective overruling: a possibilidade de modulação dos efeitos*<sup>535</sup>

A preocupação do legislador com o câmbio inadvertido de posicionamento ficou evidenciada nos artigos 10 e 489, §1º do CPC. Além disso, para prevenir as partes da mudança de entendimento dos tribunais, o § 2º do art. 927 dispôs que:

---

<sup>534</sup> No ponto: “Advirta-se, entretanto, que a técnica de antecipação da superação não pode servir para o juiz negar o próprio precedente estabelecido pelo órgão competente. A aplicação do precedente qualificado assegura e vitaliza a segurança jurídica e a isonomia. O *anticipatory overruling* não deve ser mote para que o juiz rivalize com o entendimento do tribunal estabelecido no precedente. Ao revés, a técnica supõe que o juiz dialogue com o tribunal, uma vez que, por meio do *anticipatory*, ele expressa propriamente o que se tem como o futuro entendimento do último. O juiz serve propriamente de porta-voz, sem mandato, do tribunal competente para superar o precedente, dado que prenuncia a alteração do entendimento antes firmado por ele. Consequentemente, é um contrassenso o juiz se utilizar da técnica do *anticipatory overruling* para desdizer o que o tribunal tem como correto para o tema em apreciação”. JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Ultrapassando o precedente: *anticipatory overruling*. **Revista de Processo**, v. 285, nov. 2015. p. 341-362.

<sup>535</sup> Quando falamos sobre a modulação dos efeitos dos precedentes judiciais, precisa ficar claro que esta é uma técnica absolutamente diversa da modulação de efeito das decisões que versam sobre controle de constitucionalidade das normas, prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/1999. “Num caso são preservadas as situações que se pautaram no precedente; no outro, as situações baseadas na lei declarada inconstitucional. A confiança justificada resguarda os efeitos do precedente; o princípio da nulidade dos atos inconstitucionais exclui os efeitos da lei, que excepcionalmente podem ser preservados em face da ‘segurança jurídica’ ou de outro princípio constitucional sob a forma de ‘excepcional interesse’”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 361.

a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Bem como § 3º dispôs que:

na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Mencionado § 3º atende aos pedidos de modulação dos efeitos da decisão que promove um câmbio no entendimento das Cortes.

A previsão legal abraça a segurança jurídica e busca evitar que mudanças nas decisões dos precedentes ou mesmo da jurisprudência dominante prejudiquem quem confiou no posicionamento adotado ao seu tempo.

Veja, não estamos propriamente diante de uma mudança inadvertida de entendimento. É evidente que o dispositivo protege e quer evitar alterações solipsistas. Mas não se trata só disso. Muitas vezes a alteração de entendimento firmado pelos tribunais é necessária e até natural para acompanhar a complexidade da vida em sociedade. O que deve ser evitado é descortinar o ato praticado sob o pálio de entendimentos validados pelos tribunais, quando da sua modificação.

Emoldurada pelo princípio da proteção à confiança, a possibilidade de modular efeitos nas decisões de precedentes, estabelecendo um marco temporal para a incidência do entendimento que acabou de ser adotado cria um ambiente mais seguro e previsível<sup>536</sup>.

Canotilho bem entende que “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os

---

<sup>536</sup> Marinoni entendeu que “só há sentido em aplicar precedente revogado, ou cujas razões não mais convencem, quando algo se estabeleceu no passado a partir de justa confiança no precedente. Tendo em vista que o precedente é revogado para se estabelecer norma jurídica mais apropriada, a perpetuação da eficácia só tem racionalidade em nome da proteção jurídica”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 360.

princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito”<sup>537</sup>.

Quando falamos em efeito prospectivo da decisão, estamos tratando da possibilidade de concessão de efeito *ex nunc* para o novo posicionamento. Ou seja, os efeitos da decisão teriam validade para o caso concreto e para os futuros.

Longe de ser uma prática habitual, o *prospective overruling* é encarado de forma bastante restrita, tanto nos países de *civil law*, quanto nos de *common law*. A prática não é aceita com facilidade na Alemanha<sup>538</sup>, França<sup>539</sup> e Itália<sup>540</sup>, onde os casos de modulação prospectiva recaem nas questões constitucionais<sup>541</sup>. Na Inglaterra sua absorção também é reduzida e nos Estados Unidos, embora a modulação de efeitos pró-futuro tenha sido aplicada em alguns casos, a regra é a da retroatividade da decisão.

Nos Estados Unidos, pode-se dizer que os efeitos das decisões que superam ou revogam um precedente, via em regra, serão retroativos, a menos que seja possível constatação de algumas excepcionalidades.

---

<sup>537</sup> CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 256.

<sup>538</sup> “There is no common practice of prospective overruling in Germany. Such a practice has sometimes been demanded in academic writing [...] but has never become the ruling opinion. Overruling of a precedent with an effect only on future cases and therefore having no effect on the case being decided has remained an exception in reported cases”. ALEXYY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in The Federal Republic of Germany in: MACCORMICK, Neil D. et al. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997. p. 57.

<sup>539</sup> “No prospective overruling is conceivable in the French system, because it would amount to the statement of a general rule applicable to future cases, a practice that would be considered a violation of Article 5 of the Civil Code: ‘it is prohibited for judges to decide by way of general provisions and rules on the cases that are brought before them’. This provision derives from the French interpretation of the separation of powers, forbidding judges to make law”. TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. in: MACCORMICK, Neil D. et al. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997. p. 133.

<sup>540</sup> “The power of prospectively overruling a precedent is not vested in any court. Moreover, the technique of ‘prospective overruling’ is not used. The main reason is probably that every judgment of higher courts is delivered about a specific and concrete case, and what is said in the decision, and in arguments supporting the judgment, refers only to the decision of that case. Therefore, either the court overrules the precedent while deciding the case in issue or it does not overrule the precedent and applies it in the decision of the concrete case. Sometimes it happens that, examining the arguments used and paying attention to the obiter dicta, one may guess that the court is probably going to change its orientation in future cases. But it is a matter of interpreting signs and symptoms in a judgment, not a prospective overruling in the proper sense”. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. in: MACCORMICK, Neil D. et al. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997. p. 179.

<sup>541</sup> Relembremos que a técnica do *prospective overruling* diz sobre a revogação do precedente e não sobre a declaração de inconstitucionalidade.

Robert Summers acredita que pode haver espaço para uma modulação de efeitos das decisões que revogam/superam precedentes se: (a) a nova *holding* estabelecer um novo princípio de direito, anulando um precedente claro do passado, no qual os litigantes possam ter invocado, ou decidindo uma questão de primeira impressão cuja resolução não foi claramente antecipada; (b) os méritos e deméritos do caso sempre devem ser ponderados, analisando o histórico da regra em disputa, seu objetivo e efeito, bem como se a operação retroativa promoverá ou retardará a operação da regra; e (c) a aplicação retrospectiva deve criar o risco de produzir resultados substancialmente injustos<sup>542</sup>.

Sobre a possibilidade de considerar a utilização do *prospective overruling* pontual são as considerações de Thomas da Rosa de Bustamante:

Apesar de hoje a técnica do *prospective overruling* ser uma prática considerada ‘inovadora’ fora dos Estados Unidos, os problemas gerados pela retroatividade das decisões derogatórias de precedentes judiciais tendem a se repetir em praticamente todos os sistemas jurídicos contemporâneos. Quanto mais peso seja atribuído ao precedente judicial na argumentação jurídica, e quanto maior seu reconhecimento como fonte do Direito, com mais intensidade se manifesta a necessidade de implementar mecanismos de modulação de efeitos das decisões judiciais. Seguindo o exemplo norte-americano, em muitos ordenamentos hoje se fala na possibilidade e na conveniência de dotar os tribunais superiores de instrumentos para mitigação temporal dos efeitos das decisões ab-rogatórias de precedentes judiciais como uma solução de compromisso entre os valores do ‘progresso do Direito’ e da proteção da segurança jurídica<sup>543</sup>.

Voltando às possibilidades de concessão de efeito prospectivo ao precedente revogado, temos que deve haver uma segurança bastante expressiva de que a decisão, se retroagir, será portadora de grave injustiça<sup>544</sup>. Obviamente, toda e qualquer aplicação prospectiva deve vir acompanhada de fundamentação.

Caso que deixou explícita a preocupação com a modulação dos efeitos em caso de ruptura de precedentes foi declarado pelo Ministro Celso de Mello, no Ag. Reg. no RE com Agravo 652.469/PA, ementado nos seguintes termos:

<sup>542</sup> SUMMERS, Robert S. Precedent in United States (New York State). in: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997. p. 397.

<sup>543</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 415.

<sup>544</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 415.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ATO DECISÓRIO QUE DECLARA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO (PRESCRIÇÃO “IN CONCRETO”) – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA PROLATADA EM MOMENTO QUE PRECEDEU A CONSOLIDAÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO CONCERNENTE AO CÔMPUTO DO LAPSO PRESCRICIONAL – REVISÃO SUBSTANCIAL, NA MATÉRIA, DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL – NOVO ENTENDIMENTO QUE CONFERE EFICÁCIA “EX TUNC”, PARA EFEITO DE PRESCRIÇÃO PENAL, AO JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONFIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – TÍPICA HIPÓTESE DE RUPTURA DE PARADIGMA – NÃO INCIDÊNCIA SOBRE SITUAÇÕES QUE SE DESENVOLVERAM SOB A ÉGIDE DE ANTERIOR E MAIS FAVORÁVEL DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL – “PROSPECTIVE OVERRULING” – FUNÇÃO E IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES – PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO – CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DE ORDEM DE “HABEAS CORPUS”<sup>545</sup>.

Ao votar pelo desprovimento do recurso e não acolher a ausência de prescrição alegada pelo Ministério Público, o relator apontou que não desconhece a tendência da jurisprudência da Corte que sustenta que os recursos excepcionais (recurso extraordinário e recurso especial), quando declarados inadmissíveis, não obstam a formação da coisa julgada penal, fazendo retroagir o trânsito em julgado. Mas tal circunstância, no seu entender, somente terá aplicação nos casos em que for configurado prática abusiva do direito de recorrer.

Isto porque, segundo consignou “é que entendo que a drástica ruptura de paradigma motivada, no caso, por revisão jurisprudencial a propósito da eficácia *ex tunc* do juízo negativo de admissibilidade de recurso extraordinário confirmado pelo Supremo Tribunal Federal não se aplica ao caso ora em exame”.

O Ministro Celso de Mello consignou que nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência, rompendo paradigmas, o STF tem entendido pela não aplicação do novo

---

<sup>545</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 652.469/PA**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 09.02.2018.

entendimento a situações já consolidadas. É uma função ínsita à jurisprudência, a de conferir previsibilidade e maior estabilidade às relações jurídicas<sup>546</sup>.

À toda evidência, entendemos por justificada a aplicação da modulação dos efeitos em casos envolvendo a revogação ou superação de precedentes pelos Tribunais. Não se olvide, entretanto, que a modulação deve ser garantida por decisão fundamentada e apontar os riscos e prejuízos que o efeito retroativo (regra) causaria nos casos a espera de julgamento.

---

<sup>546</sup> Ainda dentro do citado acórdão, merece transcrição do julgado no MS n. 26.603/DF, relatado também pelo Min. Celso de Melo: “REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA. – Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, à confiança dos cidadãos nas ações do Estado. – Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. – A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. – Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta no 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida.”

### 3 SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES QUALIFICADOS E A RECLAMAÇÃO

Até aqui nossa pesquisa nos guiou à conclusão inequívoca que precedentes não são comandos imutáveis e podem ser superados. Isso dentro de uma sistemática que permita o contraditório e um arrazoado bem fundamentado para justificar o acolhimento ou não da regra do precedente.

Não desconhecemos que a superação do precedente pode se dar por inúmeras vias processuais. Os recursos previstos no CPC, em sua maioria, permitem a rediscussão da matéria e o ataque a decisões que malversaram precedentes.

Mas temos a compreensão que o legislador do CPC de 2015 prestigiou a Reclamação como veículo idôneo e mais célere do que outros instrumentos para realizar o questionamento de decisões por precedentes.

A Reclamação, na feição do novo CPC, trabalha em dois importantes vértices, como correção na interpretação do ordenamento jurídico e como expansão dos precedentes fixados pelas Cortes.

A reclamação, na feição conferida pelo Código, dá consequência ao binário de funções exercidas atualmente pelas cortes, principalmente de superposição, notadamente a nomofilática e a expansão do precedente. A primeira tem relação com a correção na interpretação do ordenamento jurídico (nomofilática), na fixação de sentido e alcance dos textos normativos [...]. Noutro ponto, com a aplicação dos precedentes se pretende expandir a eficácia das decisões prolatadas no exercício da função nomofilática, para que os padrões decisórios estabelecidos sejam aplicados indistintamente para situações sem diferenças juridicamente relevantes<sup>547</sup>.

O Código de Processo Civil, portanto, alargou tanto os tribunais competentes para receber e processar a Reclamação, quanto as hipóteses de utilização da ação.

Conforme veremos no decorrer deste último capítulo, além das funções primeiras que a Reclamação sempre exerceu, especificadas na preservação da competência dos tribunais e

---

<sup>547</sup> OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 897.

garantia da autoridade das suas decisões, temos que o CPC previu a Reclamação para o controle e garantia da bem aplicação dos precedentes qualificados.

Isto porque “quando uma decisão der a determinada questão jurídica solução diversa daquela que havia sido conferida por um ‘precedente vinculante’, caberá, em princípio, a reclamação”<sup>548</sup>.

Dito isso, buscaremos traçar o caminho e descrever o papel que a Reclamação exerceu desde seu surgimento até sua aplicação atual, que para nós tem relevância no trato com precedentes qualificados.

### 3.1 Surgimento e evolução histórica da Reclamação

Qualquer análise que se faça do surgimento e evolução da Reclamação deve ter o seguinte princípio: este é um instituto jurídico genuinamente brasileiro. Foi neste país tupiniquim que a Reclamação foi inventada e não encontra paralelos em outras organizações<sup>549</sup>.

A Reclamação Constitucional é oriunda da construção pretoriana baseada na teoria dos poderes implícitos (*implied powers*). De nada adiantaria o Supremo Tribunal Federal julgar causas definitivas sem que lhe fosse possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais.

“Sempre que os fins o exigirem, os meios são justificados; sempre que é concedido o poder para alguém fazer uma coisa, pressupõe-se que na concessão estão incluídos todos os poderes particulares necessários para o cumprimento da missão”<sup>550</sup>. De fato, nada valeria aos tribunais superiores decidirem matéria de sua competência se não tivessem instrumentos para

---

<sup>548</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2.v. p. 799.

<sup>549</sup> Pelo menos não na Alemanha, Estados Unidos, Espanha, Áustria, França Portugal, Itália, em importante pesquisa realizada por DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro. **Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 385-423.

<sup>550</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista: pensamento político**. 2.ed. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005. p. 285.

fazê-las cumprir. Esses poderes vinculantes das decisões estão ligados à teoria dos poderes implícitos (*implied powers*)<sup>551</sup>.

No caso *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819)<sup>552</sup> a SCOTUS assentou que além dos poderes conferidos expressamente pela Constituição, existem outros implícitos que possibilitam o exercício dos poderes enumerados (*implied powers*).

E esta foi a razão de decidir na sempre citada Reclamação 41, Rel. Min. Rocha Lagoa, que hoje pode ser tido como um verdadeiro precedente sobre a matéria:

A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. Vão seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. Necessária e legítima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. É de ser julgado procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender à decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>553</sup>.

Orozimbo Nonato, também Ministro à época, deu especial contribuição ao cabimento da Reclamação lastreada pela teoria dos poderes implícitos:

Em outros tempos, procurei mostrar a legitimidade e a necessidade, em tais casos, de se admitir a reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. É o que também se dá quando são barrejadas as fronteiras de sua competência, através da invasão evidente. A criação de um remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes<sup>554</sup>.

---

<sup>551</sup> “A competência vem da norma; não se presume. Contido, tanto pode ser implícita quanto explícita. Quer dizer tanto pode assentar numa norma que, explicitamente, a declare como assentar em norma cujo sentido sobremente seja descoberto através de técnicas interpretativas e que surjam como consequência de outra norma ou nela esteja contida. Não há diferença de natureza entre poderes explícitos e implícitos; há somente diferença de grau de leitura”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 5, p. 58.

<sup>552</sup> “In a unanimous decision, the Court held that Congress had the power to incorporate the bank and that Maryland could not tax instruments of the national government employed in the execution of constitutional powers. Pursuant to the Necessary and Proper Clause (Art. I, Section 8), Chief Justice Marshall noted that Congress possessed powers not explicitly outlined in the U.S. Constitution. Marshall redefined “necessary” to mean “appropriate and legitimate,” covering all methods for furthering objectives covered by the enumerated powers. Marshall also held that while the states retained the power of taxation, the Constitution and the laws made in pursuance thereof are supreme and cannot be controlled by the states”. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/17us316>. Acesso em: set. 2019.

<sup>553</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 141**, Rel. Min. Rocha Lagoa, DJe 17.04.1952.

<sup>554</sup> Ibidem.

Muitos autores preferem fazer uma avaliação da evolução da Reclamação em fases, que recebem classificações distintas. Não usaremos esses rótulos conceituais para classificar as ditas fases evolutivas do instituto. Preferimos adotar uma linha progressiva no tempo, que conta a Reclamação dos tribunais à positivação no CPC/2015.

As classificações de José da Silva Pacheco<sup>555</sup> – muito tradicional – e de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas<sup>556</sup> – pesquisa muito densa e profunda sobre o tema – foram realizadas antes da previsão da Reclamação no CPC/2015. O atual momento histórico em nada retira a acuidade e acerto na análise dos autores, mas é preciso que sejam considerados também a fase moderna do instituto na computo histórico<sup>557</sup>.

A Reclamação, no início, não tinha previsão em texto legal. O mote principal da Reclamação, derivado dos poderes implícitos, era preservar a competência do Tribunal e garantir que o descumprimento de uma ordem judicial por si emanada tivesse garantida sua execução<sup>558</sup>.

Pelos idos de 1940 o STF analisa as primeiras Reclamações, que mesmo calcados em bases tênues se comparadas com os entendimentos atuais, mostraram quadro gradativo de evolução<sup>559</sup>. Nesse primeiro quadro houve um enviesamento da Reclamação com a correição parcial, que trataremos mais adiante, quando falarmos da sua natureza jurídica. O certo é que essa aproximação foi se distanciando ao longo dos anos.

---

<sup>555</sup> José da Silva Pacheco divide a evolução histórica da Reclamação em quatro fases (STF até 1957, de 1057 até o RISTF/1967, da CF/1967 a CF/1988, e pós CF de 1988). PACHECO, José da Silva. A Reclamação no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 78, n. 646, p. 19-32, ago. 1989.

<sup>556</sup> Marcelo Navarro Ribeiro Dantas adota cinco fases, (a) formulação, (b) discussão, (c) consolidação, (d) definição, (e) plenificação constitucional. DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro. **Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 45-266.

<sup>557</sup> Para uma classificação mais moderna ver: AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação Constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 47 e ss.

<sup>558</sup> Esta era a redação do Regimento Interno do STF em 27/10/1980: “Art. 6º Também compete ao Plenário: (...) g) a reclamação que vise a preservar a competência do Tribunal ou a garantir a autoridade das suas decisões”.

<sup>559</sup> AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação Constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 48-49.

No ano de 1957 a Reclamação foi definitivamente incorporada no regimento interno do STF (artigos 156 a 162), por conta da competência conferida aos tribunais pela Constituição de 1946 (art. 97, II<sup>560</sup>) para elaborar seus regimentos internos.

A inserção da Reclamação no RISTF de 1957 teve a intenção de positivizar os entendimentos já aplicados pela Corte, mas como forma de evitar questionamentos sobre sua constitucionalidade (competência), o regimento apontou para uma função correicional da Reclamação, quando muito bem se sabia que ela já era utilizada para combater decisões contrárias<sup>561</sup>. Em seguida, veio a Constituição de 1967 e fez prever que competia ao STF instituir regras de processo submetidos a sua competência, chancelando o ato de 1957.

O *status* constitucional da Reclamação se deu pela Carta de 1988, inserindo sua previsão no art. 102, I, ‘1’<sup>562</sup>, no que trata ao Supremo Tribunal Federal, e no art. 105, I, ‘f’<sup>563</sup>, no tocante ao Superior Tribunal de Justiça.

Um ponto que merece destaque, mesmo que ligeiramente, porque acompanhou o histórico do instituto após a CF/88, é a possibilidade de manejo da Reclamação para questionar os julgados dos juizados especiais, porque contra eles, sabidamente, não é oponível recurso especial<sup>564</sup>.

Na esfera da Justiça Federal, a uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional foi preservada com a criação da Turma de Uniformização (Lei n. 10.259/2001). Havendo colisão de entendimento entre o acórdão da Turma Recursal e STJ, a Turma de Uniformização é competente para solucionar a matéria.

---

<sup>560</sup> “Compete aos tribunais: [...] II – elaborar seus Regimentos Internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos”.

<sup>561</sup> AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação Constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 55.

<sup>562</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

<sup>563</sup> “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

<sup>564</sup> Isto gerava um grave problema, segundo Ricardo de Barros Leonel: “Essa lacuna debilita de modo considerável o exercício integral, pelo STJ, de sua competência constitucional de uniformizar a interpretação e aplicação da lei federal. Em outras palavras, ainda que o STJ pacifique entendimento a respeito da legislação federal, seja por força do julgamento de recursos especiais repetitivos, seja ainda por meio de edição de súmulas, nos Juizados Especiais da Lei 9.099, de 1995, essas posições consolidadas poderiam pura e simplesmente ser desconsideradas sem que houvesse qualquer mecanismo para fins de reparo”. LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 205.

Mas para os juizados especiais da Lei n. 9.099/95 não havia a mesma previsão. A posição adotada, permitindo o uso da Reclamação para acórdãos das Turmas Recursais dos juizados especiais, nasceu então do Recurso Extraordinário n. 571.572/BA. A Ministra Ellen Gracie, relatora da ação, consignou sua preocupação em palavras: “[...] não existe previsão legal de órgão uniformizador da interpretação da legislação federal para os juizados especiais estaduais, podendo, em tese, ocorrer a perpetuação de decisões divergentes da jurisprudência do STJ”<sup>565</sup>.

Para a relatora:

[...] enquanto não for criada a turma de uniformização para os juizados especiais estaduais, poderemos ter a manutenção de decisões divergentes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional federal. Tal situação, além de provocar insegurança jurídica, acaba provocando uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la<sup>566</sup>.

A solução encontrada foi a de que, até a criação de órgão que pudesse analisar e aplicar as decisões do STJ, nos moldes da turma de uniformização da justiça federal, ficaria à disposição do prejudicado o uso da Reclamação ao Superior Tribunal de Justiça.

Cumprindo a decisão, o STJ passou a analisar as Reclamações que clamavam por divergência entre o posicionamento aplicado pelas turmas de recursos dos estados e sua jurisprudência (Resolução 12/2009). Mas o alto volume de processos motivou a edição da Resolução STJ/GP 3/2016<sup>567</sup>, que conferiu às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações. Claro ficou, portanto, que a competência para análise da garantia da autoridade das decisões do Superior Tribunal de Justiça frente os julgados dos juizados estaduais, foi deslocada do STJ para os tribunais dos Estados.

---

<sup>565</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n. 571.572/BA**, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 26.11.2009.

<sup>566</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n. 571.572/BA**, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 26.11.2009.

<sup>567</sup> “Art. 1º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes”.

Entretanto, a redação da mencionada resolução foi mais além do contido na decisão do RE n. 571.572/BA, estabelecendo a possibilidade de uso da Reclamação para fazer valer julgado em IAC e IRDR, além do decidido em recurso especial repetitivo, Súmulas do STJ e garantir a observância de precedentes.

A Lei n. 8.093/90 trouxe novas disposições à figura da Reclamação, especialmente nos artigos 13 a 18, mas mantendo as hipóteses de cabimento previstas na CF/88.

A Emenda Constitucional 45/2004 alargou ainda mais o uso da Reclamação, ao estabelecer no art. 103-A, § 3º da CF<sup>568</sup>, que da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariasse súmula vinculante, estaria franqueado o uso da Reclamação.

Ainda, a Lei n. 11.417/2006, que disciplina infraconstitucionalmente a súmula vinculante traz a possibilidade e o regramento para o uso da Reclamação (artigos 7º e 9º).

A última alteração, em 2015, veio através do Código de Processo Civil, que regulamentou integralmente o instituto da Reclamação nos artigos 988 a 993, revogando os artigos 13 a 18 da Lei 8.038/90 (artigo 1.072, IV, do CPC).

O Código de Processo Civil de 2015 ampliou consideravelmente as hipóteses de cabimento da Reclamação. Sua previsão passou a constar nos artigos 988 a 993. Além das já conhecidas possibilidades de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do tribunal, o CPC inseriu o uso da Reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisões do STF em controle concentrado. E não foi só, previu ainda no inciso IV do art. 988 a Reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e incidente de assunção de competência (IAC). A possibilidade de uso da Reclamação para garantir a observância de acórdão em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou repetitivos (especial e extraordinário) também foi inovação do código.

Em conciso resumo, inserindo a Reclamação na linha do tempo, observamos que a partir da década de 50 ela teve vertiginosa evolução, tanto no campo do direito positivado,

---

<sup>568</sup> “§ 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”.

quanto na sua forma de utilização. Em 1957 foi incorporada no regimento interno do STF, que em 1967 foi conferido lei pela Constituição Federal, legitimando o instituto. Em 1988 ganhou *status* constitucional (CF, 102, I, I) e teve competência estendida ao STJ (CF, 105, I, f). A EC 45/2004 fez previsão de sua utilização para fazer valer súmula vinculante (CF, 103-A, §3º). O Código de Processo Civil de 2015 deu maior amplitude aos tribunais que podem ser acionados para preservação de seus julgados, além do que ampliou as hipóteses de cabimento (CPC, 988 e seguintes).

No STF a Reclamação evoluiu de simples mecanismo de controle de competência para uma típica ação constitucional. Na competência geral da Suprema Corte para fiscalizar os atos normativos foi permitida a declaração incidental de inconstitucionalidade do ato impugnado na Reclamação<sup>569</sup>.

Mais adiante, o Tribunal reconheceu que na análise do ato impugnado que fundamentou a Reclamação, seja possível reavaliar os parâmetros e contornos da decisão apontada. Mais que isso, o instituto passou a ser ferramenta de jurisdição constitucional, porque ao confrontar a decisão dita violada com o fato descrito na Reclamação, pode-se expandir os limites da decisão anterior ou mesmo superá-la<sup>570</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes declarou no voto deste julgado em análise que:

A tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assumira cada vez mais o papel de ação constitucional voltada a proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira.<sup>571</sup>

A Reclamação passou de construção pretoriana à positivação na Constituição Federal (art. 102, I, I) e no Código de Processo Civil em pouco mais de meio século. Mas sua função

---

<sup>569</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 595**, Rel. Min. Sydney Sanches, DJe 23.05.2003.

<sup>570</sup> Esse papel da Reclamação realça ainda mais quando se sabe não caber ação rescisória da decisão que declara a (in)constitucionalidade de lei. Este é o teor do art. 26 da Lei 9.868/99, ao dispor que “a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”.

<sup>571</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 4.374/PE**, Rel. Gilmar Mendes, DJe 29.04.2013.

principal ainda é de preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do Tribunal<sup>572</sup>.

Para Marcelo Dantas, a Reclamação é considerada “a garantia das garantias”, porque foi escolhida para estabilizar o sistema processual e manter sua coerência<sup>573</sup>.

O CPC de 2015 inseriu a Reclamação no art. 988 a 993, instituindo suas hipóteses de cabimento e processamento, aumentando a abrangência do texto constitucional. A Reclamação Constitucional deixou de ser remédio somente para preservar competência ou garantir decisões do STF e STJ.

Em sua fase embrionária, defender o cumprimento das decisões e manter a competência do Tribunal foram os motes principais da Reclamação. Este posicionamento evoluiu para reavaliar os parâmetros e contornos da decisão apontada ou mesmo realizar controle de constitucionalidade, tendo em vista a possibilidade de declaração incidental no bojo da ação. A Reclamação, portanto, passou a ser ferramenta de jurisdição constitucional.

Um dos motivos para o avanço na aplicação da Reclamação como instrumento de reanálise em controle abstrato é o entendimento de que o STF não está impedido de retomar decisões já concluídas. É recomendável que as mudanças sociais e a evolução do direito sejam acompanhadas de uma interpretação constitucional que melhor reflita a realidade.

As posições atuais sobre a Reclamação deixam claro seu papel para a promoção de diálogo entre os precedentes qualificados e o caso concreto, mas também não descola da evolução histórica do instituto, exigindo para seu conhecimento e processamento as condições do citado art. 102 da CF:

A reclamatória, neste aspecto, exsurge como instrumento de promoção do diálogo, nesta Suprema Corte, entre o caso concreto e os precedentes obrigatórios, cuja admissibilidade está condicionada à efetiva demonstração de:

a) desrespeito à autoridade da decisão do STF, porquanto configurada erro na aplicação do entendimento vinculante a evidenciar teratologia da decisão reclamada;

---

<sup>572</sup> Mesmo os posicionamentos atuais destacam a necessidade da Reclamação estar vinculada a garantir as decisões do tribunal que as emitiu e a preservação de sua competência. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Reclamação n. 29.087/ES. Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.03.2018.

<sup>573</sup> DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabris, 2000. p. 501.

b) usurpação da competência do STF, pois existente, i) no caso concreto, peculiaridades que impossibilitam a aplicação adequada da norma de interpretação extraída do precedente (*distinguishing*) a demandar pronunciamento desta Suprema Corte acerca da matéria constitucional no caso concreto, acaso verificada repercussão geral, ou, ii) em hipóteses excepcionais, a necessidade de revisitação dos fundamentos do precedente, tendo em vista a alteração do ordenamento jurídico vigente ao tempo do julgamento ou das circunstâncias fáticas históricas que impactaram a interpretação da norma, com possibilidade de sua superação (*overruling*)<sup>574</sup>.

De inovação pretória à positivação. Nestes mais de 50 anos em que a Reclamação foi criada, aceita e consolidada, diversos entendimentos sobre sua utilização foram mantidos e superados. O que se evidencia hoje é seu uso para além da garantia das decisões dos tribunais e usurpação de competência. Os requisitos primeiros da Reclamação multiplicaram sua possibilidade de manuseio. Ela é um instrumento de diálogo e de oxigenação entre o jurisdicionado e os entendimentos dos tribunais, ainda mais importante em um sistema inovado por precedentes qualificados e vinculantes.

### 3.2 Natureza jurídica da Reclamação

A natureza jurídica da Reclamação já foi objeto de divergências. Na evolução do instituto desde a década de 40, a Reclamação recebeu diversos rótulos e finalidades. Basta ver as razões do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Reclamação 336/DF<sup>575</sup>:

A reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe de - Ação (Pontes de Miranda, ‘Comentários ao Código de Processo Civil’, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, ‘O Poder Judiciário e a Nova Constituição’, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orozimbo Nonato, *apud* Cordeiro de Mello, ‘O processo no Supremo Tribunal Federal’, vol. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, ‘A Correição Parcial’, p. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (José Frederico Marques, ‘Manual de Direito Processual Civil’, vol. 3, 2 parte, p. 199, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, RTJ 112/518-522) - configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, ‘l’) e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, ‘f’)” (Tribunal Pleno, DJ de 15/3/91).

<sup>574</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 23.980/RS**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 29.06.2016.

<sup>575</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 336/DF**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.03.1991.

Consideramos as divergências como naturais, vez que diferente de outros instrumentos processuais na legislação brasileira, faltou à Reclamação o amparo de fontes dogmáticas consistentes para explicar seu papel no ordenamento jurídico<sup>576</sup>.

Acompanhamos no item antecedente a evolução histórica da Reclamação e seu surgimento pretoriano. Seu surgimento apartado da doutrina pode explicar suas bases rarefeitas<sup>577</sup>.

Podemos dizer que a Reclamação tem na jurisprudência sua principal fonte criadora, ao passo que o mais comum no Brasil e também nos países de *civil law* é que remédios processuais sejam estabelecidos primeiro pela lei.

E pela escassez de conteúdo legal sobre a Reclamação, sua compreensão, seu lugar e sua função processual foram instáveis. Nossa forma usual de interpretar, sempre envolvido num emaranhado de leis sobre qualquer assunto, encontra dificuldades em buscar resultados afastados da lei. Em nosso ordenamento a lei muitas vezes ainda é vista como norma, sem que haja prévia interpretação.

Acompanhando a ausência de doutrina e lei sobre o assunto, o instituto da Reclamação não encontra paralelo em outros países, o que seguramente dificultou também sua compreensão inicial. Esses três fatores são bastante coerentes para entender o percurso da Reclamação até as bases atuais<sup>578</sup>.

Justamente por sua criação e desenvolvimento pretoriano, no seio da jurisprudência, os entendimentos sobre sua natureza jurídica oscilaram. Se compreendermos que o ato de interpretar sempre está ligado ao tempo, as questões políticas e sociais de cada época certamente influenciaram na visão que os tribunais deram à Reclamação.

É necessário observar, contudo, que o julgado na Reclamação n. 336/DF, utilizado como ilustração diversas obras para se referir à natureza jurídica do instituto, deixa a desejar. Isto porque ao embaralhar muitos conceitos sobre a natureza jurídica da Reclamação, dá a

---

<sup>576</sup> Nesse sentido ver AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação constitucional no direito processual civil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 24.

<sup>577</sup> AZEVEDO, op. cit. p. 24.

<sup>578</sup> AZEVEDO, op. cit. p. 24-28.

entender ser indiferente definir apenas uma<sup>579</sup>. Entendemos ser justamente o oposto. Definir a correta natureza jurídica do instituto permite explorar sua melhor função e dimensionar seu uso futuro. A discussão não é cerebrina, portanto.

Afasta-se a possibilidade da Reclamação ser vista como recurso. A uma porque ela pode ser utilizada diretamente contra atos administrativos. A duas porque ela não pode ser exercida dentro do processo em curso<sup>580</sup>.

Esta posição foi defendida por José Frederico Marques<sup>581</sup> e teve marca no julgamento da Reclamação 831/DF<sup>582</sup>, ainda na década de 70, mas não ganhou corpo como entendimento predominante.

Não se nega que a Reclamação possa exercer influência sobre determinado processo, mas sempre como prejudicial externa (art. 989, II, do CPC<sup>583</sup>). Isso já basta para distinguir sua natureza de recurso, em que a prejudicial é interna. Ainda, a Reclamação inaugura uma nova relação jurídica processual, perdendo qualquer característica recursal a partir deste momento.

Aos argumentos acima debatidos, adicionaríamos mais um. As hipóteses recursais devem estar inseridas de modo taxativo no código, o que não ocorreu com a Reclamação. Isto porque a Reclamação não substitui a decisão questionada, antes a corrige mediante cassação para que nova seja proferida em seu lugar.

---

<sup>579</sup> Esse fato também foi constatado por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas: “em inúmeras oportunidades o assunto foi debatido, e vários acórdãos do Supremo Tribunal, ao longo do tempo, revelam a multiplicidade de opiniões – tanto que houve um tempo em que, para fugir de contendas estéreis, os arestos timbravam em registrar a disputa, mas preferiam não tomar posição – encontrada, igualmente, na doutrina”. DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro. **Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 432.

<sup>580</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2.v. p. 801.

<sup>581</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v.3. p. 230.

<sup>582</sup> “RECLAMAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. CABIMENTO. PRESSUPOSTOS. FINALIDADE. 1. A finalidade da reclamação é a de preservar a integridade da competência do Supremo Tribunal Federal ou assegurar a autoridade do seu julgado. 2. Terminada a instância, isto é, entregue a prestação jurisdicional e posto a termo a relação processual, não se há como falar em reclamação. 3. São pressupostos da reclamação: a) a existência de uma relação processual em curso; b) um ato que se ponha contra a competência do Supremo Tribunal ou contrarie decisão deste proferida nessa relação processual ou em relação processual que daquele seja dependente. 4. Não cabe reclamação, uma vez que não haja ato processual contra o qual se recorra, mas um ato administrativo, que, se violento ou ilegal, tem por remédio ação própria, inclusive o mandado de segurança. 5. Reclamação não conhecida”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 831/DF**. Rel. Min. Amaral Santos, DJe 19.02.1971.

<sup>583</sup> “Art. 989. Ao despachar a reclamação, o relator: [...] II - se necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável”.

Aproveitando o uso do verbo “corrigir” no parágrafo acima, também foi atribuída à Reclamação uma semelhança com a correição parcial.

Não é de interesse aprofundar e conceituar a correição parcial nesta pesquisa – até porque esta visão da Reclamação já foi superada, tendo somente relevância histórica –, mas ela pode ser definida simplesmente como “uma providência contra erros ou abusos que importem na inversão tumultuária da ordem do processo, quando para o caso não haja recurso”<sup>584</sup>. Ou seja, “a correição relaciona-se com a atividade administrativa do magistrado, e não com a sua atividade jurisdicional propriamente dita”<sup>585</sup>.

Ora, se a Reclamação é simples medida administrativa, porque a Constituição teria se dado ao trabalho de inseri-la no rol de competências dos Tribunais Superiores? A pergunta, mesmo que sem resposta acadêmica definida, revela que a importância dada à Reclamação na Constituição Federal e no Código de Processo Civil são incompatíveis com a singeleza de uma medida administrativa de correição. Nessa dimensão, é preciso dizer ainda que a Reclamação é medida eminentemente jurisdicional, que busca a cassação de uma sentença, não a perquirição de ato de responsabilidade do juiz.

Discutiu-se também no STF ser a Reclamação direito de petição. E este entendimento prevaleceu no julgamento da ADI 2.212/CE<sup>586</sup>, em que se questionava a constitucionalidade de legislação do Estado do Ceará que fez prever o cabimento da Reclamação.

A discussão girou nos argumentos de que a Reclamação somente pode ser exercida em face do STJ e STF, porque a Constituição não fez previsão dos Estados como competentes para processar e julgar a ação; e de que a matéria legislativa é de competência federal, por se tratar de norma processual (art. 22, I, da CF).

Ada Pellegrini Grinover, em paralelo, também defendia a Reclamação como direito de petição na medida em que:

---

<sup>584</sup> MARQUES, José Frederico. A correição parcial. *Revista Jurídica*, n. 19, jan./jun. 1956, São Paulo, p. 35.

<sup>585</sup> AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 112.

<sup>586</sup> “A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF)”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI n. 2.212/CE**. Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 14.11.2003.

[...] não se trata de ação, uma vez que não se vai discutir a causa com um terceiro; não se trata de recurso, pois a relação processual já está encerrada, nem se pretende reformar a decisão, mas antes garanti-la. Cuida-se simplesmente de postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento<sup>587</sup>.

O voto vencedor teve como argumento principal a Reclamação como direito de petição, por ser este o meio mais rápido para informar o descumprimento das decisões da Corte. Reforçou este argumento, no entanto, como *obiter dicta*, o de que o cabimento da Reclamação não exige previsão expressa, porque decorre da teoria dos poderes implícitos<sup>588</sup>.

Os debates que se seguiram após o voto da relatora são rico material de análise. O Ministro Moreira Alves votou pela procedência da ação, por entender ser competência privativa da União legislar em matéria processual. Afirmou ser a Reclamação ação.

A tese da Reclamação como direito de petição parece ter sido mais formulada para escapar da armadilha da competência legislativa do que propriamente para definir sua natureza jurídica. E este entendimento não vem sem um ônus. Entender a Reclamação como um exercício ao direito de petição implica, sem prejuízo de tantas outras, a ausência de lide, a impossibilidade da formação de coisa julgada material e nenhum critério de legitimidade para peticionar em juízo.

Ainda, e para encerrar o debate sobre as diversas facetas da natureza jurídica da Reclamação, a mesma foi vista como um incidente processual. Como defensores desta característica comumente são apontados Nelson Nery Júnior e Moniz e Aragão. Para o primeiro autor, a Reclamação “não se configura como recurso porque sua finalidade não é impugnar decisão judicial pretendendo-lhe a reforma ou invalidação, mas, tão-somente, fazer com que seja cumprido decisão do STF sobre determinada hipótese, ou preservar a competência do Pretório Excelso”<sup>589</sup>. Muniz Aragão é mais direto na análise, anotando que

---

<sup>587</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais. **Revista Jurídica Consulex**, ano VI, n. 127, abril 2002, p. 39-42.

<sup>588</sup> Este foi exatamente o posicionamento do Advogado-Geral da União, citado no voto pela Relatora, ao defender a constitucionalidade da lei: “cabe afastar a alegação de que o Constituinte estadual teria invadido esfera da competência da União para legislar sobre direito processual. O instituto da reclamação constitui inexorável decorrência do efeito vinculante do contrato abstrato de normas deferido pela Constituição Federal dos Tribunais de Justiça. Com efeito, a Reclamação assegura a observância pelos demais órgãos judiciários da vinculação universal das decisões (inclusive em sede cautelar) proferidas no controle abstrato de normas”.

<sup>589</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 91. “É processo incidente com autonomia procedimental”. NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 2.224

“a reclamação, portanto, longe de ser uma ação, ou um recurso, é um incidente processual, provocado pela parte ou pelo Procurador-Geral, visando que o Supremo Tribunal Federal imponha a sua competência quando usurpada, explícita ou implicitamente, por qualquer tribunal ou juiz”<sup>590</sup>.

“Incidentes do processo, ou do procedimento, são procedimentos menores, anexos e paralelos ao principal e dele dependentes”<sup>591</sup>. Basta ver que, do conceito de incidente processual, a Reclamação não se amolda às suas características. A uma, porque a Reclamação nem sempre é procedimento anexo e paralelo, porque ela poder ser intentada para a garantia de uma decisão já findada e não se extingue após o trânsito em julgado da principal, se ajuizada anteriormente. A duas, porque ela é autônoma em sua relação processual.

Ficamos com a posição mais atual sobre a natureza jurídica da Reclamação, mas que há muito era defendida por Pontes de Miranda: “a reclamação não é recurso; é ação contra ato do juiz suscetível de exame fora da via recursal”<sup>592</sup>.

Transcorrido este percurso temporal, a jurisprudência do STF parece ter encontrado ponto final sobre a questão, abreviada pelas bem pontuadas palavras do Ministro Dias Toffoli na Reclamação 25.160/SP<sup>593</sup>:

Todavia, em meu sentir, entendo que a própria Constituição Federal de 1988 sinaliza não ser a reclamação constitucional i) recurso, uma vez que não foi incluída entre as hipóteses de competência recursal do STF (incisos II e III dos arts. 102), nem ii) incidente processual, ante a possibilidade de ser ajuizada em face de autoridade administrativa diretamente (art. 103-A, § 3º), sem a necessidade de prévia provocação do Poder Judiciário por meio de ação típica.  
Entendo, assim, que esse importante instrumento, que visa garantir, em

<sup>590</sup> ARAGÃO, Egas D. Moniz de. **A correção parcial**. Curitiba: Bushatsky, 1969. p. 110.

<sup>591</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. t.II. p. 476-477.

<sup>592</sup> “[...] não se examina a matéria sobre o que se decidiu; a sua finalidade é rechaçar o ato do juiz, em si, ou porque usurpe competência do tribunal superior, ou porque tenha reconhecido à decisão do tribunal a eficácia que ele tem, ou porque haja retardado a remessa do recurso, ou de outro remédio processual, que seja da competência do tribunal, ou de outro corpo superior (...) há violação de linhas de competência ou de eficácia sentencial ou despacho de tribunal superior ou retardamento em entregar materialmente ao tribunal superior os dados para o exercício da jurisdição. O tribunal ou corpo correicional que conhece a reclamação e a julga não pode substituir ao ato do juiz outra decisão; pode cortá-lo todo, ao podá-lo, ou determinar aquilo que o juiz foi omisso em determinar. A ação de reclamação que rechaça o ato do juiz por invadente da competência do tribunal superior é constitutiva negativa. A ação de reclamação que rechaça o ato do juiz por ter retardado, materialmente, a cognição pelo tribunal superior é mandamental. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 5. p. 384.

<sup>593</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Reclamação n. 25.160/SP**. Rel. Min. Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, DJe 02.02.2018.

regra, a autoridade da interpretação dada pela Corte à Constituição, tem natureza jurídica de ação constitucional.

Pela construção que a Reclamação passou do seu nascimento até os dias atuais, podemos considerar ser ela uma ação constitucional autônoma, quer pela revogação expressa dos artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90 pelo art. 1.072, IV do CPC, quer pela sua previsão nos artigos 988 a 993, no qual, por exemplo, o inciso III do art. 989 do CPC prescreve que, “ao despachar a reclamação, o relator [...] determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua contestação”.

Ainda, a Reclamação integra o rol dos meios impugnativos autônomos do livro III, parte especial do Código de Processo Civil. O local de inserção da Reclamação deixa ainda mais evidente sua natureza jurídica de ação.

Temos firme convicção que Reclamação é ação. Nos acompanha, dentre muitos autores, os escritos de Gilmar Ferreira Mendes:

Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser resolvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou no desrespeito das decisões do tribunal e, por outro lado, aqueles que pretendem ver preservada a competência e a eficácia das decisões da Corte<sup>594</sup>.

Não bastasse isso, a Reclamação inaugura uma nova questão principal, que não é a mesma que paira na ação inicial. O que se discute não é o mérito da ação originária, mas sua adequação ao sistema judicial.

A Reclamação não pode ser vista como um incidente processual, porque não guarda necessariamente relação com o processo judicial em curso. Também não é medida meramente acautelatória, porque não se destina a apenas (embora também) a neutralizar o ato na dependência de outra medida<sup>595</sup>.

---

<sup>594</sup> MENDES, Gilmar. A reclamação constitucional no STF. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 100, jun. 2009, p. 94-111.

<sup>595</sup> “Ela é instrumento pelo qual se pede uma específica tutela jurisdicional; mecanismo por meio do qual se provoca a atuação de um órgão de jurisdição. Portanto, é uma ação”. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2.v. p. 801.

A Reclamação assume hoje um típico instrumento de jurisdição constitucional. Alçada à condição de destaque no ordenamento jurídico, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas assinala que “contém a reclamação todos os requisitos dos chamados *writs* constitucionais, ou instrumentos constitucionais especiais. Aliás, não são frequentes, como se verificou na jurisprudência, a transformação de mandados de segurança e *habeas corpus* em reclamações”<sup>596</sup>.

### 3.3 Hipóteses de cabimento

Dito está que a Reclamação, instrumento processual de origem pretoriana, foi admitida em seu início para a função precípua de fazer valer as decisões do STF. O Código de Processo Civil de 2015 foi responsável por ampliar suas hipóteses de cabimento, bem como positivar o instituto.

O art. 988 do CPC preserva as funções primeiras da Reclamação (inciso I e II), reforça no inciso III seu cabimento para preservar entendimento de súmula vinculante (CF, art. 103, §3º) e decisões em controle concentrado, admite sua utilização para garantir a observância de acórdãos em IRDR e IAC (inciso IV), e também nas hipóteses de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e recursos especial e extraordinário repetitivos.

O que importa dizer e a nosso juízo deve ficar evidenciado é que todas as hipóteses de Reclamação devem ter como fundamento o inciso I (preservar a competência) ou o inciso II (garantir a autoridade). Como desdobramento desta última possibilidade de cabimento, entendemos ser a Reclamação um instrumento capaz de garantir aplicação dos precedentes qualificados.

Todavia, a ação constitucional não pode servir de sucedâneo recursal. Não faz sentido a legislação ter apertado cada vez mais a ascensão dos recursos às instâncias superiores e permitir que a Reclamação rediscuta amplamente a matéria. E pior, com via expressa aos tribunais.

Sobre a possibilidade de uso da Reclamação para estabelecer a correta aplicação dos precedentes qualificados. Um precedente não é corretamente observado quando: (i) aplicado

---

<sup>596</sup> DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro. **Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 465.

puramente negativa do precedente sem alegação de distinção no caso concreto; (ii) aplicação errônea do precedente, que decorre de equívoco na interpretação da tese jurídica, como por exemplo um precedente que se alega ter sido superado, sem que tivesse ocorrido; (iii) realizar ou deixar de realizar uma distinção oportuna<sup>597</sup>.

É possível destacar dois procedimentos para a revisão dos precedentes qualificados via Reclamação, um concentrado e outro difuso (incidental)<sup>598</sup>.

O primeiro estaria consubstanciado em uma previsão específica para a revisão de um precedente, como no caso da Lei n. 11.417/2006, que estabelece o procedimento para a edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante. O segundo, modelo difuso, permite a revisão ou superação do precedente sem um procedimento específico, mas de forma incidental. “Esses dois modelos convivem em harmonia. O fato de haver um procedimento para a revisão não impede que seja feito de forma incidental”.<sup>599</sup>

Utilizando como exemplo a súmula vinculante, sua revisão pode ser dar pelo STF ou legitimados, no âmbito da Lei n. 11.417/2006 (modelo concentrado), como também reconhecida pelos tribunais na análise de casos concretos (modelo difuso). Não fosse assim, a superação de determinados precedentes ficaria sob o comando de poucos legitimados, dificultando o salutar ato de revisitar a matéria.

A Reclamação pode ser proposta em qualquer tribunal, a teor do § 1º do art. 988 do CPC<sup>600</sup> e direcionado ao presidente do Tribunal competente para processá-la. Veja que a Reclamação tem a possibilidade de superar instâncias. Caso um juiz singular desrespeite uma decisão tomada em controle concentrado, por exemplo, é possibilitado o questionamento direto ao órgão prolator da decisão (STF).

Seu conteúdo deverá ser instruído com prova documental e dirigida ao presidente do órgão competente para seu processamento (§ 2º, art. 988, CPC). No tocante à prova

---

<sup>597</sup> PEIXOTO, Ravi. A Reclamação como remédio jurídico processual para a superação de precedentes. in: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix. **Precedentes Judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 127.

<sup>598</sup> DIDIER JR., Fredie et. al. **Curso de Direito Processual Civil**. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 2.v. p. 496.

<sup>599</sup> PEIXOTO, op. cit. p. 126.

<sup>600</sup> “§ 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”.

estritamente documental, tem entendido o STF que a Reclamação não pode realizar nova instrução processual, de modo paralelo<sup>601</sup>.

Proposta a Reclamação e feita a distribuição, sempre que possível, ao relator do processo principal. Embora o código faça menção que a propositura da Reclamação seja endereçada ao presidente do Tribunal (§2º do art. 988 do CPC), o § 3º faz a seguinte observação: “assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível”.

A regra faz todo o sentido, especialmente nos casos em que questionado o descumprimento à autoridade da decisão. Sendo a Reclamação endereçada ao juiz prevento pelo processo principal, tem ele melhor conhecimento dos fatos para analisar a indicada violação.

Essa regra foi discutida na Reclamação 37.168/RJ<sup>602</sup> no STJ. Neste caso, foi debatido se a prevenção para tratar da Reclamação é do relator prevento pela ação principal ou do relator das ações que se busca garantir a autoridade.

O entendimento passou pelo princípio da especialidade, consignando que quando se busca por meio da Reclamação assegurar uma decisão da Corte (art. 988, II, CPC), deve ser distribuída, sempre que possível, ao relator das decisões cuja autoridade se questiona. E neste caso, por se querer assegurar acórdãos proferidos pela 3ª Turma (REsp. 1.193.602/RS e AIREsp 1.158.754/RS), deve a Reclamação ser distribuída ao relator desses casos.

Foi consignado que embora a regra seja a distribuição por dependência (art. 930 do CPC<sup>603</sup> e art. 71 RISTJ<sup>604</sup>), para afirmar “a competência do relator da primeira ação, recurso

---

<sup>601</sup> “Neste particular, o exercício regular e funcional do direito de demandar pela via processual da reclamação pressupõe: i) a impossibilidade de se proceder a um elastério hermenêutico da competência desta Corte, por estar definida pela Constituição Federal em rol *numerus clausus*; ii) a impossibilidade de utilização *per saltum* da reclamação, suprimindo graus de jurisdição ou outros instrumentos processuais adequados; iii) a observância da estrita aderência da controvérsia contida no ato reclamado ao conteúdo dos acórdãos desta Suprema Corte apontados como paradigma; iv) a inexistência de trânsito em julgado do ato jurisdicional reclamado; v) o não revolvimento da moldura fática delineada nos autos em que proferida a decisão objurgada, devendo a reclamação se ater à prova documental (artigo 988, § 2º, do CPC), sob pena de se instaurar nova instrução processual, paralela à da demanda de origem”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 33.604/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.05.2019, DJE 12.06.2019.

<sup>602</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Reclamação n. 37.168/RJ**. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 02.09.2019.

<sup>603</sup> “Art. 930. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade. Parágrafo único. O primeiro recurso protocolado no tribunal

ou incidente para todos os feitos posteriores referentes ao mesmo processo ou em processo conexo”, a Reclamação possui regra especial, prevista nos artigos 988, § 3º do CPC e 187 do RISTJ<sup>605</sup>.

Se não for possível distribuir a Reclamação pela regra da prevenção do autor da decisão, deve ela ser distribuída na regra do art. 930 do CPC, por sorteio.

O § 4º do art. 988 com a redação de que “as hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam”, deixam transparecer que os motivos que levaram à fixação da tese ou da decisão são relevantes e tem poder de vincular.

Não é demais lembrar, no entanto, que o posicionamento que predomina atualmente no STF é de que exige-se a aderência estrita entre o objeto da Reclamação e o julgamento em controle de constitucionalidade concentrado, porque a Corte não admite a aplicação da teoria dos motivos determinantes. Nesse sentido, o julgado do Agravo Regimental na Reclamação 30.104/GO, que reforça a necessidade de identidade exata entre o caso julgado pela Corte e o caso dito paradigma<sup>606</sup>.

O posicionamento da Corte em julgados mais recentes continua rechaçando a possibilidade de aplicação da teoria dos motivos determinantes<sup>607</sup>. Pensamos, no entanto, que § 4º do art. 988 do CPC (as hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida

---

tornará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo”.

<sup>604</sup> Art. 71 RSTJ. “A distribuição da ação, do recurso ou do incidente torna preventa a competência do relator para todos os feitos posteriores referentes ao mesmo processo ou a processo conexo, inclusive na fase de cumprimento de decisão; a distribuição do inquérito e da sindicância, bem como a realizada para efeito da concessão de fiança ou de decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa, prevenirá a da ação penal”.

<sup>605</sup> Art. 187 RISTJ. “Para preservar a competência do Tribunal, garantir a autoridade de suas decisões e a observância de julgamento proferido em incidente de assunção de competência, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público desde que, na primeira hipótese, haja esgotado a instância ordinária”.

<sup>606</sup> “[...] os atos questionados em reclamação, considerado o respectivo contexto, hão de ajustar-se, com exatidão e pertinência, aos julgamentos desta Suprema Corte invocados como paradigmas de confronto, em ordem a permitir, pela análise comparativa, a verificação da conformidade, ou não, da deliberação estatal impugnada em relação aos parâmetros de controle emanados deste Tribunal...”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 30.104/GO**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.05.2019. O Ministro Relator, no ponto, tem acompanhado o posicionamento minoritário da Corte, que entende possível a aplicação da teoria dos motivos determinantes aos casos de controle abstrato de constitucionalidade.

<sup>607</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 26.100/MG**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01.02.2017; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Reclamação n. 30.787/CE**. Rel. Min. Cármen Lucia, DJe 10.04.2019.

da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam), justificaria revisar a tese<sup>608</sup>. O dispositivo legal expande a força vinculante para além da parte dispositiva, prestigiando o contido na *ratio decidendi*.

O § 5º, I, do art. 988, traz regra que implica na inadmissibilidade da Reclamação caso proposta após o trânsito em julgado da ação principal. A situação já era tratada pela Súmula 734/STF: “não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

Necessário esclarecer que o trânsito em julgado a que a lei e a súmula se referem é o da decisão reclamada, ou seja, àquela que recai o fundamento de descumprimento de sua decisão ou garantia de competência. Além disso, a regra não se aplica caso a trânsito em julgado seja superveniente ao ingresso da Reclamação.

A autoridade reclamada prestará informações no prazo de 10 dias (art. 989, I, CPC), ao passo que o beneficiário da decisão impugnada terá 15 dias para apresentar sua contestação (art. 989, III, CPC), sendo possível que o pedido seja impugnado por qualquer interessado (art. 990, CPC).

O inciso II do art. 989 estabelece a possibilidade de, se necessário, ordenar a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável. Este expediente vem sendo utilizado com frequência pelos tribunais superiores<sup>609e610</sup>.

O resultado do julgamento de procedência da Reclamação, a teor do art. 992 do CPC, pode ser: (i) a avocação de competência para julgar a matéria debatida, (ii) cassar a decisão

---

<sup>608</sup> “Aplicar a tese jurídica é exatamente extrair os motivos determinantes da decisão de controle concentrado e estender sua incidência para outras situações iguais no essencial (sem diferenças juridicamente relevantes). Tanto é assim que o preceptivo utiliza a expressão ‘casos’, grafada deliberadamente no plural, para permitir o alcance da tese para além do caso de origem. Portanto, o Código de Processo Civil indubitavelmente acolheu a teoria da transcendência dos motivos determinantes, a permitir o manuseio da reclamação para fazer prevalecer a tese jurídica externada em sede de controle concentrado de constitucionalidade e também para situações idênticas nos aspectos jurídicos relevantes”. OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 902.

<sup>609</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Medida Cautelar na Reclamação n. 35.540/RJ**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 27.06.2019.

<sup>610</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 35.540/RJ**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 13.09.2019.

que exorbitou de seu julgado ou determinar medida adequada para que se observe corretamente a jurisdição<sup>611</sup>.

Os tribunais competentes para julgar a Reclamação não têm o poder de revisão da decisão, mas somente de cassação. Ao dar provimento à Reclamação, cassa-se a decisão atacada e determina-se que outra seja proferida em seu lugar.

Não há na Reclamação, efeito substitutivo da decisão que se disse violadora. Ela tem natureza desconstitutiva, ou seja, não estando a decisão questionada adequada, comando é o de que outra decisão seja proferida. Mas, na análise da Reclamação, está facultado ao tribunal realizar uma nova interpretação do precedente, podendo alterar seu sentido e alcance, e mesmo assim entender pela improcedência da demanda<sup>612</sup>.

Pode-se dizer que a Reclamação assume diferentes papéis no ordenamento jurídico. Ela pode ser usada para garantir a competência dos tribunais, a teor do art. 988, I, do CPC. Pode igualmente ser utilizada para garantir a autoridade das decisões dos tribunais, pela dicção do art. 988, II, do CPC. E por último, zelar pela correta aplicação dos precedentes qualificados, na combinação dos artigos 927 e 988, III e IV, § 5º, II do CPC.

Mesmo com a ampliação das possibilidades de ingresso da Reclamação, é preciso afastar seu uso como sucedâneo recursal. Não faz sentido tratar o instituto como via alternativa para promover mais uma discussão integral do caso concreto nos Tribunais Superiores.

O Ministro Celso de Mello bem assentou na Reclamação 6.880/SP que o instrumento “não se qualifica como sucedâneo recursal nem configura instrumento viabilizador do mero reexame do conteúdo de atos jurisdicionais ou administrativos, eis que tal finalidade revela-se estranha à destinação constitucional subjacente à instituição dessa medida processual”<sup>613</sup>.

---

<sup>611</sup> QUINTAS, Fábio Lima; CESAR FILHO, Alcebíades Galvão. A Reclamação constitucional como veículo de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, n. 19, jul-dez, 2018. p. 498-522.

<sup>612</sup> PEIXOTO, Ravi. A Reclamação como remédio jurídico processual para a superação de precedentes. in: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix. **Precedentes Judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 128-129.

<sup>613</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Agravo Regimental na Reclamação n. 6.880/SP**. Rel. Min. Celso de Mello, DJE 22.02.2013.

O legislador optou claramente por restringir o acesso às Cortes Superiores no CPC. As possibilidades de questionamento e de ascensão de matérias ao STJ e STF estão cada vez mais reduzidas. Seria contraditório imaginar que o código promoveria a restrição às Instâncias Superiores e abriria, via Reclamação, uma ampla possibilidade de rediscussão nas matérias que tiveram seu tramite obstado pelas vias ordinárias.

Corroborando com nosso raciocínio:

(...) não faz sentido introduzir e propor filtros recursais para o conhecimento do recurso extraordinário e do recurso especial com a finalidade de que essas cortes trabalhem menos para que trabalhem melhor, de um lado, se, de outro, outorga-se à reclamação amplo espectro de abrangência, porque aí certamente o número de reclamações provavelmente suplantará o número de recursos, obrigando esses tribunais a conviverem com uma carga de trabalho incompatível com suas funções constitucionais. Em um sistema ideal, portanto, os precedentes constitucionais (...) devem ser naturalmente respeitados por todo o sistema de Administração da Justiça Civil. Contudo, enquanto essa cultura de precedentes não é assimilada entre nós, é necessário prever mecanismos que garantam a sua eficácia<sup>614</sup>.

Parece mais adequado encarar a Reclamação nos limites da sua norma de regência, no caso de necessidade de preservação da competência do Tribunal, e também na garantia de autoridade das suas decisões (art. 102, I, I da CF), além das violações às súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, da CF)<sup>615</sup>.

Com este entendimento não estamos querendo negar o uso da Reclamação para o questionamento dos precedentes qualificados. Ao contrário, pensamos que ela seja um instrumento adequado e eficaz para tanto. O que defendemos, para manter coerência com o histórico de evolução da Reclamação, é que, mesmo quando ela seja manejada fora das hipóteses tradicionais dos incisos I e II do art. 988 do CPC, deve ter como pano de fundo para

---

<sup>614</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 2.v. p. 635-636.

<sup>615</sup> Esse é o entendimento que predomina no STF: “O cabimento da reclamação, instituto jurídico de natureza constitucional, deve ser aferido nos estritos limites das normas de regência, que somente a concebem para preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, CF), bem como contra atos que contrariem ou indevidamente apliquem Súmula Vinculante (art. 103-A, § 3º, da CF)”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 30.010/SP**. Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, DJe 11.09.2018.

seu processamento a preservação da competência do tribunal ou a garantia a autoridade das suas decisões<sup>616</sup>.

Essas são, em linhas gerais, a conformação que os tribunais procuram dar à Reclamação. A partir de agora, analisaremos uma a uma as hipóteses de cabimento que o art. 988 do CPC especifica.

### 3.3.1 Preservação da competência do tribunal

O STF, STJ ou qualquer outro tribunal, são competentes para julgar Reclamações para garantir a preservação das suas competências.

Muitas são as normas de competência. Para ficarmos no que realmente nos interessa, as competências dos Tribunais Superiores, dispostas nos artigos 102, I (STF) e 105, I (STJ), quando violadas, dão ensejo ao uso da Reclamação.

É preciso ficar saliente que “todos os juízes exercem jurisdição, mas a exercem numa certa medida, obedientes a limites preestabelecidos. São, pois, ‘competentes’ para processar e julgar determinadas causas”<sup>617</sup>.

Usurpação de competência neste caso se dá no sentido amplo, “como qualquer ação ou omissão, explícita ou implícita, que permita o trâmite do processo perante juízo incompetente, com a apropriação da competência atribuída a outro”<sup>618</sup>. Quando a competência do tribunal for usurpada, caberá Reclamação.

Leonardo Lins Morato define a usurpação de competência:

---

<sup>616</sup> “De início consigno que a Reclamação se caracteriza como uma demanda de fundamentação vinculada, vale dizer, cabível somente quando se fizer presente alguma das hipóteses para ela estritamente previstas. Partindo de construção jurisprudencial à instrumento com expresse assento constitucional, trata-se de ação vocacionada, precipuamente, a duas diferentes finalidades. De um lado, visa a Reclamação à (i) tutela da autoridade das decisões proferidas por esta Corte e das súmulas vinculantes por ela editadas. De outro, à (ii) proteção do importante rol de competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal. É o que se vê nos artigos 102, I, I, e 103-A, §3º, da Constituição da República. [...] Nada obstante, a previsão de cabimento da reclamação pela novel legislação processual não significa o afastar da relevante função a ser desempenhada pelas instâncias ordinárias no respeito à cultura dos precedentes, permitindo um acesso *per saltum* à Corte Suprema”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 24.262/RJ**. Rel. Min. Edson Fachin, DJe 31.01.2017.

<sup>617</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73.

<sup>618</sup> OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 898.

Usurpar competência significa agir como se estivesse autorizado a exercer a jurisdição para processar ou decidir determinada causa, atuar no lugar da autoridade competente, invadindo a esfera de atuação pertencente a esta, infringir as normas de competência. No caso de autoridade, judicial ou não, ao atuar ela de qualquer modo que interfira na competência do STF e/ou do STJ, abrem-se as portas para a impetração da via reclamationária, a fim de impedir essa conduta, repará-la, avocar a causa indevidamente apreciada pela autoridade competente etc., qualquer providência que se faça necessária para preservar a competência da Corte<sup>619</sup>.

Gustavo Azevedo descreve que “[...] usurpar a competência de um tribunal significa retirar-lhe parcela de seu poder e legitimidade de praticar atos, daí porque cabível a reclamação para a preservação da competência”<sup>620</sup>.

Para que seja possível o uso da Reclamação nesta hipótese, devem estar presentes dois requisitos. O primeiro deles é a ocorrência da usurpação de competência do tribunal por um órgão administrativo ou judicial. O segundo é que o órgão usurpador esteja colocado em hierarquia inferior ao do tribunal que teve a competência desrespeitada. Isto porque a Reclamação não se presta a servir como moderador de conflito de competência<sup>621</sup>. Por exemplo, se o TST usurpa competência do STJ, não cabe reclamação ao STJ, porque falta ascendência; tampouco cabe ação ao STF, porque este não teve sua competência usurpada.

Um exemplo bastante comum é sobre a investigação realizada pela autoridade policial e judiciária de primeiras instâncias contra Ministro de Estado. A Constituição estabeleceu competência originária ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, c). Portanto, realizada investigação por autoridade incompetente, cabe Reclamação para o tribunal competente, objetivando a preservação da sua competência.

Igualmente, uma investigação criminal contra o prefeito municipal não pode ser conduzida por um delegado de polícia e juiz singular, porque se sabe que esta tarefa compete ao Tribunal de Justiça (art. 29, X, CF). Neste caso, cabe Reclamação ao TJ do Estado ou Federal, dependendo do tipo criminal, para resguardar a competência.

---

<sup>619</sup> MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 176.

<sup>620</sup> AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação Constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 151.

<sup>621</sup> “Nesse caso, não serve a reclamação como meio de eliminar conflito de competência de juízos inferiores, nem de resguardar a competência de um juízo e primeira instância, estabelecida pela prevenção, ou burlada por indevida distribuição por dependência. A reclamação cabe, não custa insistir, para preservar a competência do tribunal, e não de um órgão que lhe seja hierarquicamente inferior”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 680.

Caso semelhante ocorreu na Reclamação 31.629/PR julgada pelo STJ, em que houve usurpação de competência na homologação de acordo de delação premiada. Na ocasião foi citado pelo delator o nome de um Governador de Estado. Foi decidido que, mesmo ocorrendo a descoberta fortuita de indícios do envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro, os autos devem ser encaminhados imediatamente ao foro prevalente. Cabe ao órgão competente decidir sobre conexão ou continência<sup>622</sup>.

Na Reclamação 24.473/SP<sup>623</sup>, o STF cassou ordem de busca e apreensão nas dependências de apartamento funcional de Senadora da República. A ordem era direcionada

---

<sup>622</sup> As partes mais relevantes do voto foram no seguinte sentido: “PROCESSUAL PENAL. RECLAMAÇÃO. DENÚNCIA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. AUTORIDADE COM PRERROGATIVA DE FORO. COLABORAÇÃO PREMIADA. ART. 4º DA LEI 12.850/13. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. EFEITOS. ATUAÇÃO JURISDICIONAL. EXAME DAS GARANTIAS DO COLABORADOR. CONEXÃO E CONTINÊNCIA DE CRIMES. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. EXAME. FORO PREVALENTE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. O propósito da presente reclamação é determinar se o juízo de primeiro grau de jurisdição estaria usurpando a competência do STJ ao homologar acordo de delação premiada na qual é mencionado o nome de pessoa com prerrogativa de foro nesta Corte ou ao processar os fatos atribuídos ao reclamante e que seriam conexos ou continentes àqueles imputados à referida autoridade. A fase investigativa de crimes imputados a autoridades com prerrogativa de foro no STJ ocorre sob a supervisão desta Corte, a qual deve ser desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia [...] Ocorrendo a descoberta fortuita de indícios do envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro, os autos devem ser encaminhados imediatamente ao foro prevalente, definido segundo o art. 78, III, do CPP, o qual é o único competente para resolver sobre a existência de conexão ou continência e acerca da conveniência do desmembramento do processo. Na presente hipótese, embora os indícios do suposto envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro tenha surgido de forma fortuita, os autos da investigação até então procedida não foram encaminhados ao STJ, o que configura usurpação de sua competência”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Reclamação n. 31.692/PR**. Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28.09.2017.

<sup>623</sup> “Nos termos do art. 102, I, b, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, os membros do Congresso Nacional. Reclamação ajuizada na defesa da prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, de Senadora da República, a qual teria sido violada pelo juízo reclamado ao direcionar à parlamentar, de forma indireta, medida de busca e apreensão realizada nas dependências do apartamento funcional por ela ocupado. [...] Por estrita observância ao princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), somente o juiz constitucionalmente competente pode validamente ordenar uma medida de busca e apreensão domiciliar. A prerrogativa de foro junto ao Supremo Tribunal Federal, por óbvio, não se relaciona à titularidade do imóvel, mas sim ao parlamentar federal. A tentativa do juízo reclamado de delimitar, em sua decisão, a diligência a bens e documentos do investigado não detentor de prerrogativa de foro, de partida, mostrou-se infrutífera, diante da própria vagueza de seu objeto. A extrema amplitude da ordem de busca, que compreendia indiscriminadamente valores, documentos, computadores e mídias de armazenamento de dados, impossibilitou a delimitação prévia do que pertenceria à Senadora da República e ao investigado, não detentor de prerrogativa de foro. A alegação de que, após a apreensão, proceder-se-ia, em primeiro grau, a uma triagem do material arrecadado, para selecionar e apartar elementos de convicção relativos à Senadora da República, não se sustenta, por implicar, por via reflexa, inequívoca e vedada investigação de detentor de prerrogativa de foro e, por via de consequência, usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Somente o Supremo Tribunal Federal, nessas circunstâncias, tem competência para ordenar busca e apreensão domiciliar que traduza, ainda que reflexamente, investigação de parlamentar federal, bem como para selecionar os elementos de convicção que a ela interessem ou não. A legalidade da ordem de busca e apreensão deve necessariamente ser aferida antes de seu cumprimento, pois, do contrário, poder-se-ia incorrer em legitimação de decisão manifestamente ilegal, com base no resultado da diligência. Diante da manifesta e consciente assunção, por parte da Procuradoria da República em São Paulo e do juízo reclamado, do risco concreto de apreensão de elementos de convicção relacionados a detentor de prerrogativa de foro, não cabe

ao marido da parlamentar. Na ocasião, entendeu-se que o mandado era genérico, o que não permitia separar documentos que eram da Senadora (e, portanto, vinculados a sua atividade parlamentar) e do seu esposo. Entendeu-se também que os imóveis são locais de atividade política, sendo afetados ao interesse legislativo e com o mesmo regime de imunidade do parlamento. Portanto, e em solução, entendeu-se que deve ser observado o princípio do juiz natural<sup>624</sup>.

Voltando ao processo civil, mas ainda sobre o uso da Reclamação como instrumento para garantir a competência dos tribunais, na Reclamação 35.816/MA<sup>625</sup> o STF tratou da usurpação de competência realizada pelo TST à tese n. 246<sup>626</sup>, ao negar sua transcendência.

A Ministra relatora fez bom exercício das possibilidades recursais que a reclamante teria, caso o TST não tivesse adentrado na esfera de competência do STF. Seria possível cogitar a interposição de recurso extraordinário, para demonstrar a incompatibilidade da repercussão geral com o caso em análise. Da decisão do TST dois caminhos se abririam: a) sendo incompatível o caso concreto com a tese do STF, o RE seria remetido ao Supremo para julgamento; b) entendendo a compatibilidade das teses, estaria franqueada à parte o uso da Reclamação ao STF para cotejar a decisão com o paradigma de repercussão geral. A decisão do TST, negando transcendência à matéria discutida, suprimiu todas essas possibilidades recursais.

E mais, acatando a decisão do TST, que determinou a decretação do trânsito em julgado da matéria pela impossibilidade da interposição de novos recursos, estaria fechada em definitivo a via da Reclamação (I, §5º, art. 988 do CPC).

---

argumentar-se com descoberta fortuita de provas nem com a teoria do juízo aparente [...] Reclamação julgada procedente, para o fim de invalidar a ordem de busca no domicílio funcional do titular de prerrogativa de foro e, por consequência óbvia, reconhecer a ilicitude das provas ali obtidas, bem como de eventuais elementos probatórios outros delas derivados”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 31.692/PR**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 06.09.2019.

<sup>624</sup> “A garantia do juiz natural, em seu aspecto positivo, significa que toda pessoa tem direito de ser julgada pelo órgão jurisdicional competente”. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 147.

<sup>625</sup> A tese central foi apresentada no seguinte sentido: “não pode o TST, entendendo como inexistente o requisito da transcendência naquela questão, criar um óbice a competência do STF para em última instância, proferir julgamento ou revisitar a questão constitucional, portanto, o TST, ao entender como inexistente a transcendência em um caso com repercussão geral já reconhecida está usurpando a competência desse E. STF”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 35.816/MA**. Rel. Min. Carmén Lúcia, DJe 31.07.2019.

<sup>626</sup> “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

A decisão entendeu pela coincidência entre a matéria tratada da ação trabalhista e o decidido pelo STF em repercussão geral. A decisão da justiça do trabalho, ao deixar de reconhecer transcendência à questão da repercussão geral, usurpou competência do STF<sup>627</sup>. E a Reclamação é o remédio cabível para seu questionamento.

Igualmente tem se entendido pela usurpação de competência e possibilidade de uso da Reclamação quando os tribunais realizam análise de Lei que deveria ser submetida ao controle concentrado de constitucionalidade<sup>628</sup>. Isso porque, em alguns casos, a ação proposta traz ao debate uma questão cujo exame prévio da constitucionalidade pode condicionar seu julgamento, sendo este o fundamento principal da demanda<sup>629</sup>.

---

<sup>627</sup> “Ao decretar a ausência de transcendência da matéria veiculada no recurso e a imediata certificação de trânsito em julgado e baixa à origem, a autoridade reclamada cuidou de suprimir, a um só tempo, todos os meios de submissão da questão constitucional controvertida ao órgão colegiado que integra e ao Supremo Tribunal Federal”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 35.816/MA**. Rel. Min. Carmén Lúcia, DJe 31.07.2019.

<sup>628</sup> “RECLAMAÇÃO. CONTROLE CONCENTRADO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AS AÇÕES EM CURSO NA 2. E 3. VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO – OBJETO DA PRESENTE RECLAMAÇÃO – NÃO VISAM AO JULGAMENTO DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA CONCRETA, MAS AO DA VALIDADE DE LEI EM TESE, DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL (ARTIGO 102-I-A-DA-CF). CONFIGURADA A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO PARA O CONTROLE CONCENTRADO, DECLARA-SE A NULIDADE “AB INITIO” DAS REFERIDAS AÇÕES, DETERMINANDO SEU ARQUIVAMENTO, POR NÃO POSSUÍREM AS AUTORAS LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação n. 434/SP. Rel. Min. Francisco Rezek, DJe 09.12.1994.

<sup>629</sup> “Constitucional e Processual Civil. Reclamação constitucional. Subsídio mensal e vitalício pago à ex ocupantes do cargo de chefe do Poder Executivo. Ação civil pública. Contorno de ação direta de inconstitucionalidade. Usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Reclamação julgada procedente. 1. A ausência de identidade entre os autores elencados como responsáveis pela prática dos atos lesivos ao patrimônio público e aos princípios da administração Pública na narrativa apresentada na peça vestibular da ação civil pública e aqueles indicados para integrar o polo passivo da lide, bem como a contestação de que o adimplemento do benefício está fundamentado em ato normativo geral editado pelo Poder Legislativo do Estado do Mato Grosso e que o pedido de cessação do pagamento do benefício está fundamentado em normas constitucionais, evidenciam a pretensão final da ACP de que se declare a inconstitucionalidade da parte final do art. 1º da Emenda à Constituição estadual nº 22/2003, esvaziando a eficácia da referida norma. 2. A pretensão deduzida nos autos da ação civil pública está dissociada da natureza típica das ações de responsabilização cível; se destina, antes, a dissimular o controle abstrato de constitucionalidade da parte final do art. 1º da Emenda nº 22/2002 à Constituição do Estado do Mato Grosso, que, ao extinguir a pensão vitalícia paga aos ex ocupantes do cargo de chefe do Poder Executivo estadual, assegurou a manutenção do pagamento àqueles que já houvessem adquirido o direito de gozar o benefício. 3. Há usurpação da competência do STF inscrita no art. 102, I, a, da CF/88 quando configurado o ajuizamento de ação civil pública com o intento de dissimular o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo estadual em face da Constituição Federal. 4. Arquivamento da ação civil pública, ante a ausência de legitimidade ativa ad causam do Parquet estadual para propor ação direta de inconstitucionalidade perante a Suprema Corte, nos termos do art. 103 da CF/88. Precedentes. 5. Reclamação julgada procedente para cassar a decisão que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação civil pública, declarar a incompetência do juízo de primeira instância e determinar o arquivamento da ação”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Reclamação n. 19.662/MT**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01.08.2017

Casos muito corriqueiros ocorrem quando da usurpação de competência dos tribunais pelo exercício do controle de admissibilidade de recurso de apelação pelo magistrado de primeiro grau, quando se sabe a competência é exclusiva do tribunal de justiça (art. 1.010, § 3º do CPC). Esses casos são agravados porque a decisão não pode ser atacada por agravo de instrumento (pelo menos considerando o rol do art. 1.015 do CPC). Assim, caberá Reclamação, justamente pela usurpação de competência.

Também, quando o tribunal decide sobre a repercussão geral em recurso extraordinária ocorre usurpação de competência. Ao tribunal somente é dado realizar o sobrestamento dos feitos e aguardar resposta do STF quanto a aplicação de repercussão geral ao caso afetado.

Necessário dizer também que não cabe Reclamação contra ao tribunal contra ato dele próprio, que pudesse resultar em usurpação de competência. Não há grau hierárquico entre membros das Cortes, qualquer competência que se estabeleça mediante o regimento interno serve somente de medida de organização judiciária<sup>630</sup>.

### 3.3.2 Garantia de autoridade das decisões do tribunal

A regra é que “as decisões do tribunal, nos limites de sua competência, tem de ser cumpridas e respeitadas. Quando ocorre o não cumprimento à determinação jurisdicional do tribunal, cabe a reclamação para que a parte, o interessado e o MP possam fazer valer essa autoridade”<sup>631</sup>.

Mas quando o assunto é garantia da autoridade do tribunal, a Reclamação ganha um caráter mais amplo. A ideia central da Reclamação neste caso é garantir a cogência e imperatividade das decisões dos tribunais.

Esta possibilidade de uso da Reclamação foi inserida no CPC, embora já tivesse seu trâmite garantido pela construção pretoriana e pela Constituição Federal, como vimos em capítulo passado.

---

<sup>630</sup> Nesse sentido julgado do STF: “Não cabe reclamação contra atos decisórios de ministros ou das Turmas que integram esta Corte Suprema, dado que tais decisões são juridicamente imputadas à autoria do próprio Tribunal em sua inteireza”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 3.916/AP**. Rel. Min. Ayres Britto, DJe 25.08.2006.

<sup>631</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 2.222.

Igualmente, essa possibilidade de exercício da Reclamação não decorre do efeito *erga omnes* ou vinculante dos provimentos do órgão judicial competente. Ela é uma possibilidade aberta para se questionar o não cumprimento, puro e simples, de uma decisão judicial.

Imaginemos que o STJ, na análise de um recurso especial, entenda que uma determinada questão relevante para a sua solução não foi enfrentada pelo acórdão do tribunal local e determine a baixa para que haja a manifestação no específico ponto. Negando-se o tribunal a realizar o acolhimento do pedido, caberia Reclamação para questionar a negativa.

Este exemplo bem retrata a realidade da advocacia nos juízos singulares e tribunais de passagem. Via de regra, quando o descumprimento é de um juiz para o tribunal, uma simples petição endereçada ao relator resolveria o descumprimento. Todavia, quando a garantia ao cumprimento das decisões implica comando dos Tribunais Superiores, onde a dificuldade de tramite dos pedidos é consideravelmente maior, ganha-se com a Reclamação de maior destaque e celeridade na análise<sup>632</sup>.

Essa situação ficou bem evidenciada na Reclamação 34.880/MS<sup>633</sup> do STJ. No caso, foi ajuizada Reclamação com base no art. 105, I, f, da CF e também do art. 988, II, do CPC, por ter sido descumprida a autoridade de decisão do STJ.

O reclamante alegou que, embora o comando da decisão do STJ tenha sido claro no sentido de ser realizada liquidação de sentença para a correta apuração dos valores discutidos no processo, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul entendeu que a liquidação seria prescindível, optando pela perícia contábil.

O STJ consignou que:

Ao assim proceder, contudo, o Tribunal de origem colocou-se em manifesto confronto com os julgamentos proferidos por este Sodalício, especialmente, se consideradas as particularidades do caso, uma vez que a soma dos valores cobrados nas diversas execuções provisórias ultrapassa a cifra de um bilhão de reais, o que só reforça a ideia de que a individualização dos créditos devidos pelo banco seja realizada da forma mais criteriosa possível.

---

<sup>632</sup> OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 900.

<sup>633</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Reclamação n. 34.880/MS**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 16.04.2018.

Veja que a Reclamação não se presta a agir como sucedâneo do cumprimento de sentença. Seu objetivo é diferente, serve como mecanismo de cumprimento da decisão emanada<sup>634</sup>.

Em preliminar, também foi levantada uma questão interessante no acórdão, a de que a Reclamação não poderia ser conhecida, porque não foram esgotadas as instâncias de origem (sobre este tema falaremos no item 3.3.5), contrariando o art. 988, § 5º, II do CPC.

O Relator afastou a incidência do mencionado dispositivo, ao entendimento de que a Reclamação, neste caso, não está sujeita à análise da repercussão geral ou a recursos repetitivos, mas sim sobre garantir a autoridade de sua decisão, o que dispensa o esgotamento de todo o curso processual, permitindo o questionamento direto ao órgão prolator da decisão.

Como requisito para autorizar a Reclamação nos casos em que se questiona a autoridade das suas decisões, o STJ pressupõe a existência de um comando positivo emanado de julgado da Corte Superior cuja eficácia deva ser assegurada, protegida e conservada<sup>635e636</sup>.

Não há necessidade do trânsito em julgado do processo para que se possa sustentar o descumprimento a autoridade de uma decisão. O descumprimento pode se dar contra um determinado ato processual ou mesmo contra uma decisão liminar.

Um caso que bem ilustra a possibilidade de se garantir a autoridade das decisões dos tribunais pela via da Reclamação, ocorreu em decisão dada no Recurso Extraordinário 1.055.941/SP e decisão posterior na Reclamação 36.679/RJ.

---

<sup>634</sup> “Descabe reclamação perante o STJ para garantir o cumprimento pela administração de decisum exarado em sede de ação declaratória. Inadequação da via eleita. O sistema processual pátrio prevê a utilização pela parte interessada do processo de execução para efetivação do direito que lhe foi reconhecido no processo de conhecimento”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Reclamação n. 2.207/SP**. Rel. p/ o acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe 07.02.2008.

<sup>635</sup> “AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO - DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - DESCUMPRIMENTO - INEXISTÊNCIA - DELIBERAÇÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECLAMAÇÃO. INSURGÊNCIA DO AUTOR. De acordo com a jurisprudência da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, o ajuizamento da reclamação, que constitui medida correicional, pressupõe a existência de um comando positivo desta Corte Superior cuja eficácia deva ser assegurada, protegida e conservada. Precedentes. (...) Agravo interno desprovido”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração na Reclamação n. 36.498/SP**. Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 29.03.2019.

<sup>636</sup> “Não é a reclamação constitucional via processual hábil para obstar investidas judiciais sofridas indevidamente pelo reclamante, se, nessas investidas, não há desobediência a um comando positivo do STJ. Para isso, a lei disponibiliza outros meios dos quais pode a parte valer-se para fazer prevalecer seu direito, inclusive os originados de demandas infundadas e sem lastro”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Agravo Interno na Reclamação n. 31.601/MA**. Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 28.02.2018.

No mencionado Recurso Extraordinário 1.055.941/SP<sup>637</sup>, por meio de petição, foi apontado quebra ilegal de sigilo bancário e fiscal pelo MPRJ, ao arrepio de decisão judicial. Isto porque os dados dos investigados foram compartilhados diretamente pelo COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras –, órgão este, ligado ao Ministério da Economia.

É importante mencionar que o pedido foi baseado no tema 990 de repercussão geral do STF, que ainda aguarda decisão, mas cujo teor está proposto nos seguintes termos:

Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário.

Por fim, foi formulado um pedido para que se paralise a investigação até que seja decidido pelo Pleno o tema apontado em repercussão geral, ao qual se amolda o presente caso.

Em que pese ter reconhecido que a regra da repercussão geral prevista no art. 1.035, §5º, do CPC não redundava na suspensão dos processos semelhantes que versassem sobre a mesma questão, o Relator, a fim de evitar decisões contraditórias e ciente do agendamento do caso para discussão em plenário, entendeu por prudente suspender o trâmite de todos os processos, inquéritos e procedimentos de investigações criminais (PICs) em curso, nos quais o compartilhamento de dados não foi observado pelo Poder Judiciário.

A decisão, com eficácia em todo o território nacional, foi objeto de discussão na Reclamação 36.679/RJ<sup>638</sup>. O objeto do pedido foi fazer cumprir a decisão que determinou a suspensão dos processos investigatórios albergados pelo tema 990 de repercussão geral. Constada a similaridade dos casos com a liminar deferida no Recurso Extraordinário 1.055.941/SP, foi provida a Reclamação para garantir a ordem emanada pelo STF.

Outrossim, o RISTF (art. 161, I) admite o julgamento monocrático da Reclamação pelo relator nos casos de jurisprudência consolidada, medida bastante utilizada<sup>639</sup>.

---

<sup>637</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 15.07.2019.

<sup>638</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 36.679/RJ**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 02.10.2019.

<sup>639</sup> “AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI 8.137/90. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA

Sobre a decisão dita desobedecida, o que interessa para essa análise é o dispositivo. Esta afirmação decorre da ideia de que somente a parte dispositiva da decisão vincula as partes. E sobre isso já deitamos nossas críticas em capítulo passado (2.1.1.1 – motivos determinantes).

Construindo uma linha contínua de raciocínio, o STF sempre teve entendimento mais restritivo da Reclamação quanto à sua utilização para a garantia da autoridade das suas decisões. A ação era admitida quando as partes fossem estritamente as mesmas do processo principal, cuja decisão foi desrespeitada; além do que não se cogitava seu uso para o processo objetivo<sup>640</sup>.

Para sustentar a Reclamação direcionada ao cumprimento de uma ordem judicial, Ricardo de Barros Leonel entende que devem estar presentes alguns requisitos, como o desrespeito frontal com o dispositivo e que as partes integrem necessariamente a ação na qual foi proferida a ordem (sentença, liminar, etc)<sup>641</sup>.

Neste ponto percebe-se que a jurisprudência do STF, embora evoluindo para conferir eficácia vinculante às decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade, não vem admitindo o processamento da ação para os sujeitos que não integraram a demanda<sup>642</sup>.

A jurisprudência do STF se mostra, então, oscilante. Ao passo que reconhece a possibilidade de uso da Reclamação nas ações em controle concentrado, porque ínsito seu efeito vinculante, o Supremo não aceita a possibilidade de uso da Reclamação contra seus julgados em que se discute o controle incidental de constitucionalidade, mesmo admitindo que essas decisões também têm efeito vinculante.

---

VINCULANTE 24. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO. LANÇAMENTO DEFINITIVO. SUBSTRATO FÁTICO E JURÍDICO DIVERSO. ESTRITA OBSERVÂNCIA AO ENUNCIADO PARADIGMA. IMPROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. 1. Inexiste substrato fático ou jurídico capaz de atrair a incidência do enunciado da Súmula Vinculante 24, fundado o ato reclamado na existência de justa causa para o recebimento da denúncia ante a presença de crédito tributário definitivamente constituído, já concluído o procedimento administrativo fiscal instaurado. Precedentes. 2. Caso de típico julgamento monocrático, a atrair as disposições do art. 161, parágrafo único, do RISTF, verbis: “O Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Agravo Regimental na Reclamação n. 16.512/PA**. Rel. Min. Rosa Weber, DJe 12.04.2016.

<sup>640</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 190.

<sup>641</sup> LEONEL, op. cit. p. 190.

<sup>642</sup> XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 73.

O entendimento restritivo de uso da Reclamação para atacar decisão fora do controle concentrado ficou expresso no voto-vista proferido pelo Ministro Teori Zavascki na Reclamação 4.335/AC<sup>643</sup>:

Sem negar a força expansiva de uma significativa gama de decisões do STF, é de ser mantida a sua jurisprudência, segundo a qual, em princípio, a reclamação somente é admitida quando ajuizada por quem tenha sido parte na relação processual em que foi proferida a decisão cuja eficácia se busca preservar. A legitimação ativa mais ampla somente será cabível nas hipóteses expressamente previstas na Constituição ou em lei ou de atribuição de efeitos vinculantes *erga omnes* – notadamente contra atos ofensivos a decisões tomadas em ações de controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes, em que admite legitimação ativa mais ampla [...]. Por imposição do sistema e para dar sentido prático ao caráter expansivo das decisões sobre a constitucionalidade das normas tomadas pelo STF no âmbito do controle incidental, há de se considerar também essas decisões suscetíveis de controle por reclamação, quando ajuizada por entidade ou autoridade legitimada para a propositura de ação de controle concentrado.

Esta tese levantada em voto-vista prevaleceu no plenário por apertada maioria de 6x4. Entendeu-se que a Reclamação não é via adequada de ataque à decisão em controle difuso de constitucionalidade pelas partes que não compuseram a lide principal, a menos que a tese seja fixada em súmula vinculante, o que efetivamente ocorreu pela publicação da Súmula Vinculante 26 (progressão de regime e crimes hediondos).

Temos para nós que o importante para “o cabimento da reclamação, é a produção de efeitos e vinculação da decisão violada, seja no mesmo processo, seja em processo diferente. Havendo os efeitos e a vinculação das partes e dos sujeitos processuais, são possíveis o desacato e a reclamação”<sup>644</sup>.

Ou seja, reconhecendo o STF que as decisões do plenário em que se discute a constitucionalidade incidental de um dispositivo legal tem efeito vinculante, impedir o uso da Reclamação nessas hipóteses só se justifica por medida de política judiciária.

O Código de Processo Civil de 2015, ao trazer novas hipóteses de decisões vinculantes no art. 927, entre as quais as tomadas em recurso extraordinário com repercussão geral, somado ao fato de cada vez mais a Corte Constitucional objetivar as questões tratadas em

---

<sup>643</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 4.335/AC**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 21.10.2014.

<sup>644</sup> AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação Constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 162.

repercussão geral, permite que as decisões do Plenários sejam atacadas por Reclamação, caso desrespeitadas.

### 3.3.3 Garantia de observância de enunciado de súmula vinculante e decisões em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF

Iniciando pela possibilidade de uso da Reclamação para garantir a observância das decisões em controle concentrado, o STF admite seu trâmite sem maiores dificuldades<sup>645</sup>, inclusive para o cumprimento de cautelares. É reconhecido o interesse legítimo aos afetados pelas decisões em controle abstrato (ADI, ADC, ADPF) para fazer prevalecer o seu conteúdo. A Reclamação, neste caso, funciona como um mecanismo de fiscalização de decisões tomadas em sede de processos objetivos<sup>646</sup>.

Mas este nem sempre foi quadro. Em diversas oportunidades passadas o STF rejeitou a possibilidade de uso da Reclamação em sede de controle abstrato de normas<sup>647</sup>.

Atualmente, depois de um caminho percorrido pela aceitação da Reclamação na ADI<sup>648</sup> e sua expansão de legitimados a propor Reclamação<sup>649</sup>, bem como com a Emenda Constitucional n. 3/93 (admitiu expressamente a Reclamação como instrumento para denunciar o descumprimento de decisões tomadas em ADC<sup>650</sup>), passou-se pelo entendimento da Reclamação 1.880/SP (possibilidade de uso da Reclamação para os que comprovarem prejuízo) e encerrou-se a discussão com a Emenda Constitucional n. 45/2004.

<sup>645</sup> Veja, por exemplo, o decidido na Reclamação 1.880/SP: “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 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 1.880/SP**. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJe 19.03.2004.

<sup>646</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 196.

<sup>647</sup> Gilmar Ferreira Mendes cita os seguintes julgados históricos: “MS-QO 20.876, rel. Min. Aldir Passarinho, Dj de 28-4-1989; Rcl. 136, rel. Min. Oscar Corrêa, Dj de 1-11-1982; Rcl 224, rel. Min. Célio Borja, Dj de 18-9-1987; Rcl. 208, rel. Min. Moreira Alves, Dj de 6-12-1991; Rcl-QO 235, rel. Min. Néri da Silveira, Dj de 29-11-1991”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.502.

<sup>648</sup> Desde que proposta por legitimado para a proposição da ação direta e com mesmo objeto. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Questão de Ordem na Reclamação n. 385/MA**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 18.06.1993.

<sup>649</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Questão de Ordem na Reclamação n. 397/RJ**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 21.05.1993.

<sup>650</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Questão de Ordem na ADC n. 1/DF**. Rel. Min. Moreira Alves, DJe 16.06.1995.

Para Gilmar Ferreira Mendes “é certo, portanto, que qualquer pessoa afetada ou atingida pelo ato contrário à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal disporá de legitimidade para promover a reclamação”<sup>651</sup>.

Posta a questão, o que precisamos saber é se a Reclamação é veículo adequado para promover a readequação ou mesmo o câmbio interpretativo no conteúdo da decisão do STF, em controle concentrado.

Antes de falarmos propriamente da matéria, é importante compreender que, quando falamos da garantia das decisões tomadas em controle concentrado, não estamos fazendo referência ao mesmo tipo de garantia das decisões do inciso II, do art. 988 do CPC.

Fosse assim, o legislador somente teria repetido os artigos. Em nosso caso específico, o descumprimento ganha uma amplitude maior do que somente a obediência ao dispositivo legal da sentença ou acórdão. Garantir a autoridade das decisões em controle concentrado significa acolher os motivos utilizados como razão de decidir, a *ratio decidendi*. Aqui, trata-se de garantir a aplicação da tese jurídica, como faz a previsão o §4º do art. 988 do CPC.

Fábio Lima Quintas, quando trata das possibilidades de superação das decisões em controle concentrado, admite o uso da Reclamação, assim como outro instrumento que faça chegar ao STF a discussão da matéria<sup>652</sup>. É que há uma possibilidade bastante reduzida de uma decisão em controle abstrato ser atacada novamente pela mesma via. É muito mais comum que seu questionamento se dê por outro instrumento processual.

O autor traz como principais dificuldades para o STF, revisitar suas decisões em controle concentrado com o aumento das ações constitucionais, tais como a Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Por esses dois exemplos, o STF começou a julgar temas em abstrato de assuntos que só chegariam à sua análise pelo controle difuso. Cita também a criação em 2004 da repercussão geral da questão constitucional, instrumento de racionalização da prestação jurisdicional, mas que represa pelo

---

<sup>651</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.504.

<sup>652</sup> QUINTAS, Fábio Lima; CESAR FILHO, Alcebiades Galvão. A Reclamação constitucional como veículo de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, n. 19, jul-dez, 2018. p. 498-522.

sobrestamento processos que tratem da mesma controvérsia ações nas instâncias inferiores, não permitindo seu acesso ao STF<sup>653</sup>.

Essas alterações vistas em conjunto não deixam dúvidas de que o sistema hoje está moldado para impedir que temas julgados pelo Supremo voltem a ser analisados, o que pode ser um empecilho para que o tribunal atualize sua jurisprudência pelos meios convencionais. E a Reclamação, neste caso, funciona como boa válvula de escape<sup>654</sup>.

Outro empecilho posto pela jurisprudência do STF, que dificulta também o manejo das Reclamações, é a contrariedade à teoria dos motivos determinantes, já tratada em momento oportuno. Compreendemos que a coisa julgada e motivos determinantes são ideias distintas e que a primeira age com muito mais força na estabilização da decisão. O precedente não é imutável, mas as suas razões podem ter efeito de vincular decisões futuras, quando aplicáveis a casos semelhantes.

A jurisprudência do STF acaba misturando esses conceitos, porque aduz que o efeito vinculante, que entendemos estar afeto aos motivos determinantes, dirige-se somente ao comandando final da decisão<sup>655</sup>.

Isso impede que, por exemplo, quando uma determinada lei do Estado de Santa Catarina seja declarada inconstitucional, uma com conteúdo idêntico, do Estado do Paraná, não possa invocar o precedente, a menos que algum juiz utilize a parte dispositiva como razão de decidir. Esta seria uma boa possibilidade para o uso da Reclamação, mas embarra atualmente no posicionamento fechado do STF. Além disso, já tivemos a oportunidade de escrever, a lei declarada inconstitucional é retirada do mundo jurídico, não podendo ser novamente declarada constitucional.

---

<sup>653</sup> QUINTAS, op. cit., p. 511-514.

<sup>654</sup> QUINTAS, op. cit., p. 514.

<sup>655</sup> “AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO AO DECIDIDO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.367/DF. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL ENTRE A MATÉRIA E O PRECEDENTE APONTADO COMO PARADIGMA. TRANSCENDÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES: INAPLICABILIDADE. USO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO: IMPOSSIBILIDADE. MULTA APLICADA NO PERCENTUAL DE 1%, CONFORME O § 4º DO ART. 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 30.715/TO**. Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE 10.04.2019.

O posicionamento atual do STF conflita com a ideia do CPC/2015, notadamente o § 4º do art. 988, que prevê a possibilidade de uso da Reclamação para questionar a aplicação equivocada de tese jurídica.

Adiante, parece que há campo fértil para o desenvolvimento do uso da Reclamação para os casos de ADC e ADIN julgada improcedente, em que o texto constitucional é mantido em vigor.

No foco do caso concreto, a Reclamação 4.374/PE foi ajuizada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e teve a finalidade de fazer valer o comando decisório na ADI 1.232/DF, julgado pelo plenário da Corte, que entendeu constitucional o art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993, com a seguinte redação: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo.”

O requisito financeiro previsto na lei teve sua constitucionalidade confirmada pelo STF, entendendo estar correta a condição objetiva de verificação de miserabilidade para a concessão de benefício assistencial, atendendo o art. 203, V, da Constituição Federal.

A decisão, em controle concentrado, admitindo a necessidade de observância da regra do art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993, antes de encerrar a discussão, provocou um movimento ainda maior de ações, questionando a aplicação do dispositivo na análise de casos concretos.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do julgado em questão, bem definiu o momento pós-julgamento da ADI 1.232/DF:

A análise histórica dos modos de raciocínio jurídico demonstra que os juízes, quando se deparam com uma situação de incompatibilidade entre o que prescreve a lei e o que se lhes apresenta como solução mais justa para o caso, não tergiversam na procura das melhores técnicas hermenêuticas para reconstruir os sentidos possíveis do texto legal e viabilizar a adoção da justa solução.

Isto se deu porque, a despeito da improcedência da ação declaratória de inconstitucionalidade do mencionado art. 20, §3º da LAOS, entendeu o Pleno não ser este o único critério possível de aferição de miserabilidade. O art. 203, V, da CF, seria norma de eficácia limitada, sendo possível, via produção legislativa, a criação de novos critérios; essas novas condições de deferimento do benefício escapariam à competência do STF.

Em que pese a necessidade da produção de novos critérios, a lei permaneceu inalterada. Isto suscitou no Judiciário a elaboração de diversos novos meios para contornar a exigência objetiva do dispositivo declarado constitucional. Proliferaram a criação judicial de outros critérios que não o decidido pelo STF e com eles um significativo número de Reclamações e Recursos Extraordinários questionando o desrespeito ao decidido na ADI.

Na prática, o que se viu após a decisão do STF na ADI 1.232/DF, que entendeu ser constitucional e condição objetiva de medição de miserabilidade a regra do art. 20, §3º da LAOS – posicionamento reforçado em oportunidades posteriores<sup>656</sup> -, foi uma inventividade hermenêutica visando contornar a decisão da Suprema Corte.

Decisões em sede monocrática passaram a rejeitar as Reclamações detonadas pelo INSS questionando afronta ao julgado na ADI, sob a alegação de equívoco da via processual eleita<sup>657</sup>.

A decisão da Ministra Cármen Lúcia resume os motivos para as decisões que passaram a negar seguimento às Reclamações que questionavam a concessão de benefícios do art. 20, §3º da LAOS, com a utilização de outros critérios aferidores de miserabilidade (igualmente):

O exame dos votos proferidos no julgamento revela que o Supremo Tribunal apenas declarou que a norma do art. 20 e seu §3º da Lei n. 8.742/93 não apresentava inconstitucionalidade ao definir limites gerais para o pagamento do benefício a ser assumido pelo INSS, ora Reclamante. Mas não afirmou, que no exame do caso concreto, o juiz não poderia fixar o que se fizesse mister para que a norma constitucional do art. 203, inc. V, e demais direitos fundamentais e princípios constitucionais se cumprissem rigorosa, prioritária e inescusavelmente.

[...]

De se concluir, portanto, que o Supremo Tribunal teve por constitucional, em tese (cuidava-se de controle abstrato), a norma do art. 20 da Lei n. 8.742/93, mas não afirmou inexistirem outras situações concretas que impusessem atendimento constitucional e não subsunção àquela norma.<sup>658</sup>

---

<sup>656</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo Regimental na Reclamação n. 2.303/RS**. Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 01.04.2005; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 2.323/PR**. Rel. Min. Eros Grau, DJe 20.5.2005.

<sup>657</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 4.422/RS**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 24.10.2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 4.133/RS**. Rel. Min. Ayres Britto, DJe 22.06.2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 4.366/PE**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 22.05.2006.

<sup>658</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 3.805/SP**. Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 20.06.2009.

E, finaliza anotando que “a Reclamação não é espécie adequada para questionar sentença na forma indicada na petição, o que haverá de ser feito, se assim entender conveniente e necessário o Reclamante, pelas vias recursais ordinárias...”.

O entendimento que impedia o processamento das Reclamações ganhou força e prevaleceu no Tribunal. Em fevereiro de 2008, o Min. Marco Aurélio reconheceu a existência de repercussão geral relativa à concessão do benefício assistencial<sup>659</sup>.

A Reclamação em análise tomou por base dois pontos essenciais: a) a omissão inconstitucional parcial em relação ao dever constitucional de efetivar a norma do art. 203, V, da CF; e b) o processo de inconstitucionalização do §3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93.

Como forma de racionalizar a análise da Reclamação 4.374/PE, que teve como fundamento a desobediência à decisão do STF, centralizaremos nossos fundamentos neste ponto.

O manejo da ação encontrou abrigo no art. 102, I, I da CF, por ser o STF o órgão competente para processar e julgar “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

A situação posta pela parte final do dispositivo constitucional trata do trivial descumprimento pelos órgãos inferiores do Judiciário das decisões cuja competência é da Corte Superior. É o desrespeito a um comando judicial claro.

Parece, sem embargo, que o caso concreto se amoldaria melhor ao inciso III do art. 988 do CPC, que dispõe que caberá Reclamação para “garantir observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”. À época do julgamento da Reclamação 4.374/PE, todavia, o dispositivo não estava em vigor, mas demonstra o acerto legislativo em abraçar como hipótese de Reclamação às decisões em controle concentrado.

O Ministro Gilmar Mendes é enfático, tanto no voto desta Reclamação, quanto em artigo escrito após o julgamento da ação<sup>660</sup>, onde reprisa os fundamentos utilizados, que a

---

<sup>659</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n. 567.985/MT**. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 02.10.2013. Recurso ao qual foi negado provimento em 2013.

Reclamação Constitucional cumpre a função de viabilizar a reapreciação ou a superação da jurisprudência da Corte.

Segundo o Ministro, tal qual ocorre no controle difuso de constitucionalidade das normas, onde a possibilidade de revisão de posições é frequentemente estimulada por processos que envolvem controvérsias de índole subjetiva<sup>661</sup>, no controle abstrato a oportunidade não surge tão corriqueiramente.

Evidente que a superação de posição tomada em controle abstrato pode ser questionada via nova ação direta. Todavia, esta hipótese é de difícil realização, quer pelo reduzido rol de legitimados ou mesmo pelo improvável histórico de julgados da Corte.

A questão está desta forma consignada no voto:

A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar dos olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para a evolução interpretativa no controle de constitucionalidade.

A Reclamação tem a inequívoca função de oxigenação das decisões tomadas pelo STF em controle concentrado. No teste interpretativo das razões da Reclamação com o conteúdo da decisão que se questiona, pode ocorrer a expansão dos limites do *decisum* ou mesmo a revisão completa das razões.

Um bom exemplo é a ADI 1.662/SP<sup>662</sup>, onde o STF passou a apreciar uma variada quantidade de Reclamações que acabaram por definir o real alcance da decisão que versou sobre o regime de pagamento de precatórios.

---

<sup>660</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O uso da reclamação para atualizar jurisprudência firmada em controle abstrato. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 6, vol. 1, mai./2013.

<sup>661</sup> E nesta neste ponto citamos como exemplo os Recursos Extraordinários, sem olvidar as diversas possibilidades de se realizar controle difuso em processos de natureza diversa.

<sup>662</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 1.662/SP**. Rel. Min. Maurício Correa, DJe 19.09.2003. Sobre a expansão dos limites e reais contornos as reclamações: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo Regimental na Reclamação 3.293**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 13.04.2007 e BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação 1.525/ES**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 03.02.2006.

O decidido na Reclamação 33.137/SC<sup>663</sup> permite constatar ainda com mais clareza o uso da Reclamação para expandir os limites e alcance das decisões tomadas em controle concentrado de constitucionalidade.

No julgamento da ADPF 548<sup>664</sup>, o Supremo enfrentou o direito à liberdade de expressão no âmbito das universidades federais. Entendeu que não podem ser promovidos atos judiciais que minimizem ou impeçam a livre manifestação de ideias no espaço universitário.

No caso catarinense, a Reclamação tratou do descumprimento ao decidido na ação em controle concentrado, porque o Tribunal de Justiça de Santa Catarina garantiu por liminar o direito à deputada estadual de manter em seu gabinete parlamentar uma central de denúncias a professores ditos doutrinadores.

Da decisão do TJSC o Ministério Público alegou afronta a ADPF 548. O relator do caso no STF aceitou o processamento da Reclamação para garantir a autoridade das suas decisões (art. 102, I, I, CF).

A decisão da cautelar da Reclamação reconhece a similitude entre os casos. Embora não idênticos, a disposição do gabinete da deputada para servir como canal de denúncia de professores restringe a liberdade de expressão de pensamento alheio, o que não é permitido sequer às autoridades públicas. Conclui-se que mesmo por vias obliquas e indiretas é possível se determinar afronta ao conteúdo de decisão:

É que, escandindo o comando decisório, em seu núcleo, há evidente proibição de que (ainda que haja ordem de autoridade judicial ou administrativa), agentes públicos, por diversos meios e modos (ingresso no estabelecimento estudantil, recolhimento de documentos, interrupção de aulas, etc.) inibam ou controlem a manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários. E foi exatamente isso, em seu

---

<sup>663</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 33.137/SC**. Rel. Min. Edson Fachin, DJe 12.06.2019.

<sup>664</sup> A tese foi talhada no seguinte sentido: “suspendendo-se os efeitos de atos judiciais ou administrativos, emanados de autoridade pública que possibilitem, determinem ou promovam o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF n. 548/DF**. Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 05.11.2018.

núcleo, que a decisão reclamada autorizou, à revelia da decisão tomada na ADPF 548.

Retornando a análise da Reclamação 4.374/PE e a possibilidade de revisão completa do decidido em controle abstrato, o voto consignou:

No juízo hermenêutico próprio da reclamação, a possibilidade constante de reinterpretação da Constituição não fica restrita às hipóteses em que uma nova interpretação leve apenas à delimitação do alcance de uma decisão prévia da própria Corte. A jurisdição constitucional exercida no âmbito da reclamação não é distinta; como qualquer jurisdição de perfil constitucional, ela visa proteger a ordem jurídica como um todo, de modo que eventual superação total, pelo STF, de uma decisão sua, específica, será apenas o resultado do pleno exercício de sua incumbência de guardião da Constituição.

É no juízo hermenêutico da apreciação entre o fato e a norma, na comparação e subsunção entre ambos, que exsurge a possibilidade de reinterpretação da norma constitucional. Isto “(...) representa um novo material de interpretação e pode posteriormente servir como material ou termo de comparação...”<sup>665</sup>. É o que ocorre no julgamento da Reclamação, no balançar dos olhos entre o confronto do objeto (ato impugnado) e a decisão paradigma, dita violada, onde pode-se ampliar os limites do que foi decidido.

Engisch entende que a cada nova subsunção, o caso a subsumir é confrontado com o caso passado, colocando o jurista na missão de descobrir se a divergência entre o caso novo e o suposto paradigma é essencial ou não. Tal esforço é extraído pela interpretação, “(...) ela decide ao mesmo tempo sobre aqueles momentos (aspectos) do material de confronto e da situação de fato a decidir que hão de ser entre si compactados”<sup>666</sup>.

Vesting sempre teve como princípio, que a análise de cada caso exige uma nova aplicação e interpretação da norma. Esta interpretação desloca o sentido da regra continuamente<sup>667</sup>. As lições de Müller sobre a interpretação também são atuais e pertinentes. A interpretação da norma é imprescindível. No papel ela pode parecer clara, mas quando aplicada a um novo caso real, será lançada nova dimensão na sua aplicação<sup>668</sup>.

---

<sup>665</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 96.

<sup>666</sup> ENGLISCH, op. cit., p. 98.

<sup>667</sup> VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 211.

<sup>668</sup> MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011. p. 62.

Justamente por este novo juízo de confrontação, ajuizada a Reclamação com base na afronta de decisão do STF, o tribunal poderá reapreciar e, se for o caso, redefinir o alcance da sua decisão. Num juízo hermenêutico, comparando a decisão passada com os argumentos pontuados na nova ação, poderá a Corte superar total ou parcialmente a decisão-parâmetro.

A Reclamação, portanto, age como típico instrumento de jurisdição constitucional. Mais do que garantir a competência e obediência dos julgados do STF, tem o condão de trazer à tona nova discussão sobre matéria já enfrentada em controle abstrato de constitucionalidade. Como advertia Cappelletti, “o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação”.<sup>669</sup>

É permitido, portanto, através da Reclamação, rediscutir as questões tomadas em juízo de controle concentrado de constitucionalidade. Neste novo exame, podem ser contraídos e expandidos os limites da decisão paradigma, ou até mesmo operar sua superação.

No que toca à Sumula Vinculante, o § 3º do art. 103-A da Constituição Federal é direto, admitindo o uso da Reclamação contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar seu conteúdo, diretamente ao Supremo Tribunal Federal<sup>670</sup>.

A Lei n. 11.417/2006 (Lei da Súmula Vinculante) tratou de forma especial da Reclamação no art. 7º, §§ 1º e 2º, fazendo prever condição de esgotamento das vias administrativas<sup>671</sup> para o uso da Reclamação em face da administração pública.

A Reclamação como forma de ataque à decisão que contraria o conteúdo teve a intenção de fortalecer a súmula vinculante. Mas na prática houve também o fortalecimento da Reclamação. Como numa via de mão dupla, um instituto contribuiu para os contornos, limites e definições do outro<sup>672</sup>.

Há duas possibilidades para se realizar a revisão ou modificação das súmulas vinculantes. Já falamos sobre eles, são os modelos concentrado e difuso (incidental).

---

<sup>669</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 23.

<sup>670</sup> A súmula vinculante “(a) só diz respeito à questão constitucional (e não a qualquer questão de direito); (b) só pode ser editada pelo Supremo Tribunal Federal (e não por qualquer juízo); (c) é de aplicação obrigatória para os demais órgãos do poder judiciário e a administração pública (e não meramente orientadora); (d) seu desrespeito pode acarretar Reclamação perante o STF com possível cassação da decisão questionada. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. 4.ed. São Paulo: Atlas. 2016. p. 343

<sup>671</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 32.966/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01.02.2019.

<sup>672</sup> AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação Constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 177.

No processo concentrado, a lei impõe requisito e legitimados para editar súmulas vinculantes. A primeira regra exsurge da Constituição Federal, mais precisamente do art. 103-A. O legitimado primeiro é o STF, com a necessidade de aprovação do conteúdo da súmula por dois terços dos seus membros e após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. E o Supremo também pode proceder à revisão de ofício.

A Lei n. 11.417/2006 ampliou os legitimados e regulamentou o art. 103-A da CF, incluindo um rol bastante extenso de aptos para requerer a edição, alteração e revogação da súmula. A lista vai do Presidente da República até o Município, que pode requer a rediscussão da súmula de forma incidental, no curso do processo em que é parte<sup>673</sup>.

Já no processo incidental de revisão da súmula vinculante, qualquer parte do processo pode questionar sua validade e advogar sua superação, levando a discussão para as Instâncias Superiores.

Aliás, o próprio texto constitucional prevê caminho direto ao STF, editor da súmula vinculante, para fazer prevalecer seu conteúdo. O legislador constitucional não faz distinção se o descumprimento parte de decisão judicial ou administrativa, mesmo porque, a súmula vinculante é de observância obrigatória para o judiciário e para a administração pública.

O instrumento que o § 3º do art. 103-A da CF elege para levar a notícia do descumprimento ao STF (editor) é a Reclamação, sendo esta a via principal. No CPC/2015, que inseriu a figura da Reclamação na legislação processual, seu conteúdo foi prestigiado como precedente qualificado (art. 927, II) e também como instituto a ser protegido pela Reclamação (art. 988, III). A Reclamação, no caso da súmula vinculante, funciona como um atalho, levando diretamente ao STF a notícia de seu descumprimento.

---

<sup>673</sup> “Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. § 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo”.

Como concluímos, desrespeitado o conteúdo da Súmula Vinculante, abre-se caminho para uso da Reclamação. Na Reclamação 30.010/SP<sup>674</sup>, foi questionada a decisão do Juiz de Direito do Departamento Estadual de Execução Criminal de São Paulo - Deecrim 6ª RAJ/SP, que teria negado a aplicação da Súmula Vinculante n. 26 do STF<sup>675</sup>.

O comando da citada Súmula Vinculante permite que o magistrado determine a realização de exame criminológico para embasar a decisão sobre a progressão de regime do apenado. O verbete é absolutamente claro no que se refere a necessidade de fundamentação para subsidiar o pedido do exame.

Para o Ministro Sepúlveda Pertence:

a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial – que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular – é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum<sup>676</sup>.

<sup>674</sup> “AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. DECISÃO DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA VINCULANTE 26 DO STF. VIOLAÇÃO. SUPERVENIENTE PROGRESSÃO PARA O SEMIABERTO DE PARTE DOS AGRAVANTES. PERDA DE OBJETO. PREJUÍZO PARCIAL DA RECLAMAÇÃO E DO RESPECTIVO AGRAVO REGIMENTAL. PARA OS DEMAIS, PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. O cabimento da reclamação, instituto jurídico de natureza constitucional, deve ser aferido nos estritos limites das normas de regência, que somente a concebem para preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, CF), bem como contra atos que contrariem ou indevidamente apliquem Súmula Vinculante (art. 103-A, § 3º, da CF). 2. A súmula vinculante 26 do STF preconiza que, “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”. 3. A decisão judicial que determina, diante de pleito de progressão de regime, a realização de exame criminológico de forma desfundamentada, como decorrência de construção argumentativa despida de elementos concretos relacionados à execução da pena do reclamante, viola o verbete sumular vinculante 26 desta Suprema Corte. 4. Inexistindo indicação de base empírica que revele a gravidade concreta do crime praticado, tampouco apontamento das razões pelas quais o condenado ostentaria personalidade criminosa, o pedido de progressão de regime deve ser analisado sem a exigência de realização prévia de exame criminológico. 5. Prejuízo parcial da reclamação por perda superveniente do objeto e, por via de consequência, do respectivo agravo regimental, no que diz respeito aos agravantes Ivan Catureba de Souza e Fernando Nazaré da Silva, e, no restante, dar provimento ao agravo regimental da defesa para determinar que o Juízo da Execução Penal aprecie a questão associada à progressão de regime dos demais reclamantes, abstendo-se de exigir a realização prévia do exame criminológico”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 30.010/SP**. Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, DJe 11.09.2018.

<sup>675</sup> Súmula Vinculante n. 26 do STF: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

<sup>676</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Habeas Corpus n. 78.013/RJ**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 19.03.1999.

As decisões, portanto, estavam sendo tomadas sem motivação e de forma padronizada. O ministro relator reforçou o cabimento da Reclamação nas estritas hipóteses legais:

somente (...) para preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, CF), bem como contra atos que contrariem ou indevidamente apliquem Súmula Vinculante (art. 103-A, § 3º, da CF).

Além do que consignou:

Portanto, a função precípua da reclamação constitucional reside na proteção da autoridade das decisões de efeito vinculante proferidas pela Corte Constitucional e no impedimento de usurpação da competência que lhe foi atribuída constitucionalmente. A reclamação não se destina, destarte, a funcionar como sucedâneo recursal ou incidente dirigido à observância de entendimento jurisprudencial sem força vinculante.

A Reclamação foi ajuizada para garantir a autoridade da decisão da Corte, externada pela Súmula Vinculante 26. Neste caso, é permitido que o ataque à decisão reclamada seja feito de forma direta e expressa ao STF, subtraindo o usual caminho ordinário.

O exemplo dado, pode-se dizer, foi um descumprimento literal ao comando da Súmula Vinculante. Mas também há casos em que a Reclamação auxilia na expansão dos limites do texto sumular.

Fizemos no item 2.1.2 severas críticas sobre a Súmula Vinculante. Sua característica geral a abstrata pretende evitar interpretação e abarcar todas as possibilidades de conduta em seu texto. Mas a realidade social não se encaixa na súmula.

Este é o caso da Súmula Vinculante 11, a súmula das algemas<sup>677</sup>, em que o STF enfrenta constantes dificuldades para a aplicação de seu enunciado, que não se impõe pela dinamicidade dos casos que tratam da restrição de liberdade.

Nos casos em que se discute a aplicação da súmula vinculante, a Reclamação também pode ser usada como vetor da superação de seu conteúdo e da modificação do seu alcance<sup>678</sup>.

---

<sup>677</sup> Súmula Vinculante 11 do STF: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

<sup>678</sup>“AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. ALEGADA OFENSA À SÚMULA VINCULANTE 11. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. DECRETAÇÃO DE NULIDADE DE ATO JUDICIAL EXIGE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO PARA A PARTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA

São diversos os julgados em que a Corte faz exercício interpretativo além dos limites da redação do dispositivo sumular para verificar se o caso concreto configura descumprimento. Nesse passo, vai desenhando o caminho de aplicação que serve de orientação aos juízes singulares e tribunais<sup>679</sup>e<sup>680</sup>.

### 3.3.4 Garantia de observância de acórdão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Incidente de Assunção de Competência (IAC)

Da mesma forma, a Reclamação pode ser usada para garantir a observância de acórdão firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência.

Tanto o IAC e o IRDR que trabalhamos no Capítulo 2 ganharam a condição de precedente qualificado pelo art. 927 do CPC. Isto significa que após sua formação, a tese ganha força vinculante e deve ser aplicada em processos semelhantes.

Na visão de Osmar Mendes Paixão Cortês “quanto ao cabimento para garantir a observância de precedente proferido em repetitivo ou em incidente de assunção de competência, se os tribunais podem tomar decisões que tenham eficácia *erga omnes*, devem ter o instrumento da reclamação para fiscalizar a aplicação dos precedentes”<sup>681</sup>.

PROVIMENTO. 1. O número reduzido de policiais para garantir a segurança dos presentes durante a realização de ato judicial é argumento legítimo para autorizar o excepcional uso de algemas 2. Apenas se anula ato judicial se ficar comprovado o prejuízo para a parte, o que não é o caso dos autos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 19.501/SP**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 14.03.2018.

<sup>679</sup> “Embargos de declaração no agravo regimental na reclamação. 2. Direito Processual Penal. 3. Suposta violação à Súmula Vinculante n. 11. Inexistência. 4. Excepcionalidade do uso das algemas devidamente justificado na necessidade de evitar a fuga do reclamante, pois já tinha sido foragido da Justiça por cinco anos. 5 Omissão não configurada. 6. Embargos de declaração rejeitados”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Reclamação n. 23.729/RS**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.03.2017.

<sup>680</sup> “PROCESSO PENAL. RECLAMAÇÃO. SÚMULA VINCULANTE 11/STF. USO DE ALGEMAS NA AUDIÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. A fundamentação do magistrado que utiliza como base dados concretos do ato de audiência de custódia, como a desproporcionalidade entre o alto número de réus e o quantitativo de agentes de segurança pública presentes no ato, justificando a utilização de algemas para a garantia de segurança dos presentes e fundado receio de fuga, não é inidônea e, portanto, não afronta o enunciado de Súmula Vinculante nº 11. 2. A discussão acerca do uso de uniforme prisional durante julgamento em Plenário do Júri não possui estrita aderência com o conteúdo da Súmula Vinculante 11, sendo incabível, portanto, a reclamação para esse efeito. 3. Agravo regimental a que se dá provimento para julgar improcedente a reclamação”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Reclamação n. 31.410/SP**. Rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, DJe 24.06.2019.

<sup>681</sup> CORTES, Osmar Mendes Paixão. A reclamação no CPC – fim das limitações impostas pelos tribunais superiores ao cabimento? **RePro**. São Paulo, v. 244, jun 2015. p. 347-358.

O art. 985, II, do CPC garante a aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986”. O art. 986 prevê a possibilidade de revisão da tese, pelo mesmo tribunal, de ofício a requerimento dos legitimados.

Não é demais lembrar que o IRDR surgiu para o enfretamento da litigiosidade de massa, conforme acentuam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas:

O escopo do IRDR é a tutela isonômica e efetiva, fundamentalmente, dos direitos individuais homogêneos e seu advento traduz o reconhecimento do legislador de que a chamada ‘litigiosidade de massa’ atingiu patamares insuportáveis em razão da insuficiência do modelo até então adotado, centrado basicamente na dicotomia tutela individual x tutela coletiva<sup>682</sup>.

Já tratamos do IRDR (2.1.4), oportunidade em que entendemos que por ocasião do seu julgamento, resolvem-se questões comuns e a formulação da tese. Após isso, aos juízos das instâncias inferiores é conferida a aplicação da tese aos casos semelhantes, devendo ser resolvida também questões particulares e de mérito<sup>683</sup>.

É nesse caminho que segue Alexandre Freire, ao anotar que “[o]s processos serão concentrados, e a decisão do incidente vinculará os juízes no âmbito do tribunal. [...] Após a prolação da decisão aplicar-se-á a tese fixada a todos os processos individuais ou coletivos, bem como aos casos futuros que versarem sobre idêntica questão de direito”<sup>684</sup>.

---

<sup>682</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 560.

<sup>683</sup> “Logo, o legislador tem preocupação específica em relação aos processos que são atingidos em decorrência da tese jurídica advinda do IRDR, com os seguintes reflexos: (a) exclusão da ordem cronológica para julgamento de processos em bloco para aplicação da tese jurídica decorrente do incidente (art. 12, § 2º, II); (b) improcedência liminar do pedido (art. 332, III); (c) dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença (art. 521, IV); (d) julgamento de plano do conflito de competência (art. 955, parágrafo único, II); (e) apreciação da reclamação (art. 988, IV, e 985, § 1º) e de embargos de declaração (art. 1.022, parágrafo único, I); (f) existência de repercussão geral para fins de recurso extraordinário (art. 1.035, § 3º, II). ARAÚJO, José Henrique Mouta. A reclamação constitucional e os precedentes vinculantes: o controle da hierarquização interpretativa no âmbito local. **RePro**. São Paulo, v. 252, fev 2016. p. 243-262.

<sup>684</sup> FREIRE, Alexandre. In CÂMARA, Helder Moroni (coord). **Código de Processo Civil Comentado**. Lisboa: Almedina, 2016. p. 1.223.

Em recente decisão na Petição 8.245/AM<sup>685</sup>, o STF corroborou o posicionamento mencionado, definindo que compete aos tribunais de 2º grau o processamento e julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas.

A provocação teve a intenção de submeter o incidente ao STF para definir tese sobre a inconstitucionalidade da diferença etária para ingresso em Corporação Militar entre candidatos civis e candidatos integrantes do quadro da corporação.

Para o ministro relator, esta criação da norma geral que será aplicada aos demais processos em idêntica solução compete aos tribunais dos estados e federais. Tal competência não pode ser elevada ao STF, por força do regime de direito estrito. As competências da Suprema Corte estão previstas no art. 102 da CF e o IRDR não encontra assento em nenhuma hipótese.

Portanto, e em solução ao pedido, o STF entendeu que compete aos tribunais dos estados e federais o processamento e julgamento do IRDR<sup>686</sup>. A rigor não há impedimento para a análise do IRDR pelos Tribunais Superiores (art. 982, §§ 3º e 4º do CPC<sup>687</sup>), caso seja apresentado recurso especial ou extraordinário da decisão final do incidente. Mas, o que se quer, de fato, “é encerrar a discussão de temas repetitivos no âmbito do próprio tribunal local, deixando aos Superiores apenas os temas com repercussão nacional”<sup>688</sup>.

Fábio Victor da Fonte Monnerat percebeu este detalhe ao pontuar que “tal técnica [IRDR] tem lugar no âmbito dos tribunais de 2º grau de jurisdição, pois, para os Tribunais

---

<sup>685</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Petição n. 8.245/AM**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 14.10.2019.

<sup>686</sup> Esta decisão contrasta com a posição de alguns autores, como Gustavo Azevedo, que entende “[...] que o IAC e o IRDR podem ser instaurados em qualquer tribunal. Não há limite de competência. Todo e qualquer tribunal pode suscitar o IRDR e o IAC, de modo a produzir precedentes obrigatórios. Até mesmo no STF e STJ são permitidos o IRDR e o IAC”. AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação Constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 180-181.

<sup>687</sup> “Art. 982. [...] § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. § 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo”.

<sup>688</sup> ARAÚJO, José Henrique Mouta. A reclamação constitucional e os precedentes vinculantes: o controle da hierarquização interpretativa no âmbito local. **RePro**. São Paulo, v. 252, fev 2016.

Superiores, o CPC instituiu uma técnica semelhante, a dos recursos excepcionais repetitivos, entre os arts. 1.036 e 1.041”<sup>689</sup>.

A decisão dada no IRDR não é imutável. Assim como outros precedentes qualificados, ela está sujeita a alterações. A decisão adquire estabilidade e vincula sua aplicação, mas não está livre de revisão<sup>690</sup>.

Primeiro pode-se utilizar as hipóteses legais de revisão das teses firmadas em IRDR e IAC para justificar sua superação. O Código de Processo Civil, por exemplo, prevê um incidente para a revisão da tese no art. 986 (IRDR).

Sobre o assunto, Antonio do Passo Cabral anota que “admitida a potencial existência de um elemento novo, suficiente e capaz de levar à mudança do entendimento firmado anteriormente no IRDR, a instrução do requerimento seguirá o mesmo procedimento para a formação de qualquer precedente no incidente”<sup>691</sup>.

Revisar a tese jurídica no IRDR é feita de forma concentrada, pelo próprio tribunal que editou o provimento vinculante. “Revisar a tese jurídica firmada significa reinterpretá-la de modo a ressignificar seu contexto de incidência, seja para ampliá-lo, reduzi-lo ou mesmo anulá-lo”<sup>692</sup>.

Marcos de Araújo Cavalcanti compreende que, na revisão da tese jurídica do IRDR, a decisão não é propriamente anulada ou revogada, mas superada pelo novo entendimento. Isto significa que o entendimento dado aos casos antigos, com trânsito em julgado declarado, não podem ser revisados. O novo entendimento vale para o caso atual e futuros<sup>693</sup>.

---

<sup>689</sup> MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 331.

<sup>690</sup> “A tese jurídica fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas, apesar de adquirir estabilidade, não é imutável ou insuperável. Com efeito, apesar de desejada, a segurança jurídica decorre da fixação da tese não pode ser um óbice intransponível para sua superação ou revisão, caso tal tese se torne inadequada ou inefetiva, o que pode ocorrer pela evolução natural da sociedade, do sistema jurídico, das condições políticas, culturais, dentre outros fatores, como inclusive, erro da tese”. TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 253.

<sup>691</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Comentário ao art. 986. in: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Gen-Jurídico, 2015. p. 1.451.

<sup>692</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1.118.

<sup>693</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 356.

A superação, por outro lado, permite aplicação difusa e não se submete ao controle concentrado do art. 986 do CPC. Qualquer juiz vinculado à decisão do IRDR poderá deixar de aplicar a tese de maneira fundamentada, especialmente pela técnica do *distinguishing*. A superação propriamente dita somente pode ser declarada pelo órgão que editou o precedente.

Sobre o IAC, o §3º do art. 947 do CPC estabelece claramente que “o acórdão em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houve revisão de tese”. É da própria lei, portanto, a previsão de superação do IAC.

Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha fazem bom comentário sobre a possibilidade de superação do precedente obrigatório firmado em incidente de assunção de competência:

A assunção de competência, da mesma forma que o incidente de resolução de demandas repetitivas, destina-se a formar precedente obrigatório. Firmado o precedente, este deve ser seguido pelos juízos sucessivos que estejam vinculados ao respectivo tribunal. Se, posteriormente, houver necessidade de alterar o entendimento firmado no precedente ou de superar o precedente, aquele mesmo tribunal poderá, adotando o mesmo procedimento, rever a tese jurídica firmada no incidente. A revisão do entendimento adotado pelo tribunal pode fazer-se do mesmo modo, ou seja, pelo incidente de assunção de competência, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública<sup>694</sup>.

Não passa de uma obviedade, mas nunca é demais mencionar, que a alteração de entendimento em IRDR e IAC deverá ser realizada por decisão fundamentada além da possibilidade de aplicação dos §§ 2º (possibilidade de realização de audiências públicas) e 3º (modulação de efeitos) do art. 927 do CPC.

Ademais, somente o tribunal que fixou o precedente poderá revê-lo. Partindo da decisão dos tribunais dos Estados, DF e federais, a Reclamação pode ser intentada contra atos do juízo singular que desrespeite o decidido no precedente qualificado, diretamente ao Tribunal que editou.

---

<sup>694</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 947. in: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Gen-Jurídico, 2015. p. 1.368.

Pensando num exemplo, imaginemos que uma tutela de evidência (art. 311, II, CPC<sup>695</sup>) seja deferida sem que a justificativa se encaixe na tese firmada em julgamentos de repetitivos pelo Tribunal de Justiça Estadual. Nos parece que além do recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, I, CPC), poderá a parte questionar a decisão pela via da Reclamação, porque em discussão, é exatamente o precedente qualificado.

Outra situação em que se afigura possível o uso da Reclamação é para questionar a decisão no julgamento de conflito de competência (art. 955, parágrafo único, II, CPC<sup>696</sup>). Nesta hipótese, é permitido ao relator julgar de plano o conflito, desde que a decisão esteja fundada em tese firmada em casos repetitivos ou incidente de assunção de competência. Havendo incompatibilidade com a tese invocada e o caso concreto, abre-se a possibilidade do uso da Reclamação.

Logicamente, estas não serão as únicas hipóteses em que se será permitido o uso da Reclamação. O que queremos deixar transparente é que se afigura viável o questionamento de decisões, via Reclamação, para fazer valer entendimento firmado em teses de IAC e IRDR pelos tribunais locais, sem prejuízo das vias ordinárias.

### 3.3.5 Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e recursos extraordinário e especial repetitivos

A jurisprudência do STF tinha entendimento inicial que não cabia Reclamação para corrigir equívoco na aplicação de repercussão geral pelas instâncias inferiores – caberia somente o agravo interno. Este entendimento foi suplantado pelo §5º do art. 988.

Mesmo com a alteração legislativa, um caminho diferente dos provimentos vinculantes anteriormente estudados será trilhado se a malversação do precedente estiver estampada em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou recurso especial ou extraordinário repetitivo.

---

<sup>695</sup> “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

<sup>696</sup> “Art. 955. [...] Parágrafo único. O relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em: [...] II - tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”.

A repercussão geral foi criada justamente para dificultar o acesso de processos ao Supremo Tribunal Federal. A lei estabeleceu este requisito como um filtro, visando desafogar a Corte do estonteante número de processos e permitindo decidir melhor em casos importantes. Do ponto de vista processual, a repercussão geral é um requisito de admissibilidade.

Sob a vigência do CPC/73, o entendimento do STF era no sentido de não permitir o uso da Reclamação contra decisão que julgava recurso prejudicado pela sistemática da repercussão geral<sup>697</sup>.

Entre os motivos que embasavam este entendimento estava o de que a criação da repercussão geral tinha justamente o objetivo de obstar a subida de inúmeros recursos com fundamentos parecidos. Ao juízo inferior cabia mesmo dar concretude ao decidido pelo STF, que tinha o poder da última palavra.

Ao fim e ao cabo, o STF decidia não caber Agravo ou Reclamação para o questionamento de decisão que aplicava indevidamente ou deixa de observar tese firmada em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tanto é verdade que no Agravo de Instrumento 760.358/SE<sup>698</sup>, o STF, por meio de questão de ordem, determinou o retorno dos autos à instância de origem para que fosse recebido como agravo interno. E no mesmo sentido seguia a jurisprudência do STJ, ao entender que equívoco na aplicação de casos repetitivos competia exclusivamente ao tribunal<sup>699</sup>.

O entendimento da Suprema Corte é que para essas decisões, seria possível a interposição do agravo interno, direcionado ao pleno ou órgão especial do tribunal local, de acordo com o regimento interno<sup>700</sup>.

---

<sup>697</sup> Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE EQUÍVOCO NA APLICAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não é cabível a reclamação para corrigir eventual equívoco na aplicação da repercussão geral pela Corte de origem. II – Agravo improvido.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 11.250/RS**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 01.07.2011.

<sup>698</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo de Instrumento n. 760.358/SE**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 10.02.2010.

<sup>699</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. **Recurso Especial n. 1.154.599/SP**. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 12.05.2011.

<sup>700</sup> “RECLAMAÇÃO. SUPOSTA APLICAÇÃO INDEVIDA PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM DO INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO

A construção pretoriana sobre o assunto até antes da entrada em vigor do novo CPC/15 era por inadmitir a Reclamação *per saltum*, sem que superadas as instâncias ordinárias. Para que se considere o manejo da Reclamação é necessário antes que a matéria seja discutida em agravo interno na origem.

Também era entendimento o de que a aplicação equivocada de tese firmada em recurso extraordinário repetitivo com repercussão geral reconhecida não ensejava o uso da Reclamação, porque esta era uma atividade típica dos tribunais locais. Somente se admitia o uso da ação quando houvesse a recusa de aplicação<sup>701</sup>.

De fato, era preocupante o silêncio do Código de Processo Civil ao não prever meio adequado de recurso quando à negativa de seguimento do recurso extraordinário firmando em repercussão geral ou extraordinário e especial vincado nos recursos repetitivos.

---

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 576.336-RG/RO. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE AFRONTA À SÚMULA STF 727. INOCORRÊNCIA. 1. Se não houve juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não é cabível a interposição do agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil, razão pela qual não há que falar em afronta à Súmula STF 727. 2. O Plenário desta Corte decidiu, no julgamento da Ação Cautelar 2.177-MC-QO/PE, que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral, nos termos do § 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil. 3. Fora dessa específica hipótese não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal. 4. Inteligência dos arts. 543-B do Código de Processo Civil e 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 5. Possibilidade de a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 7.569/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 10.12.2009.

<sup>701</sup> “3. O legislador não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento. 4. A Lei 11.418/2006 evita que o Supremo Tribunal Federal 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 Supremo Tribunal Federal, 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, § 4º, do Código de Processo Civil. 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 Supremo Tribunal Federal, 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, § 4º, do Código de Processo Civil. 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 Supremo Tribunal Federal. 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”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 10.793/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 03.06.2011.”

No entendimento do STF, de que somente caberia Reclamação após o julgamento do agravo interno, na existência de erro grosseiro, tendo como pano de fundo a usurpação de competência, permanecia a ideia de que o entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos eram irrecorríveis ao STJ e STF<sup>702</sup>.

No ponto, considerou-se possível a Reclamação caso fosse constatado erro grosseiro na aplicação da repercussão geral pelo tribunal que implicasse usurpação de competência. Esses posicionamentos foram retratados pelos argumentos colhidos dos votos da Ministra Ellen Gracie e Gilmar Mendes, nas Reclamações 11.408/RS e 11.427/MG<sup>703</sup>, ambas ainda não julgadas em definitivo até a conclusão deste trabalho<sup>704</sup>.

---

<sup>702</sup> XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 154.

<sup>703</sup> Do Informativo 634 do STF é possível compreender o entendimento restritivo da Reclamação, mas também sua possibilidade de uso, em situações excepcionais em a tese fosse aplicada erroneamente pelas instâncias inferiores: “O Plenário retomou julgamento de agravos regimentais interpostos de decisões do Min. Ricardo Lewandowski que, em reclamações das quais relator, delas não conheceu ao aplicar a orientação da Corte no sentido de ser incabível a reclamação para correção de eventual equívoco na sistemática do regime da repercussão geral. A parte agravante alega usurpação de competência do Supremo. Na sessão de 29.6.2011, o Min. Ricardo Lewandowski desproveu o agravo regimental. Consignou que a competência para adoção do entendimento firmado pelo STF, em regime de repercussão geral, seria dos tribunais de origem. Asseverou não haver previsão constitucional a permitir reclamação para corrigir suposta erronia nessas hipóteses. afirmou que, caso haja algum equívoco nessa aplicação, as partes não ficariam desabrigadas, dispondo do recurso de agravo interno para sua correção. Nesta assentada, a Min. Ellen Gracie, em voto-vista, acompanhou o relator para negar provimento ao agravo regimental. Aduziu que a competência do STF somente se iniciaria com a manutenção, pela instância ordinária, de decisão contrária ao entendimento firmado no Supremo. Rememorou não caber agravo de instrumento nem reclamação da decisão contra o ato da presidência do tribunal de origem que, na aplicação do precedente firmado em sede de repercussão geral, classificasse erroneamente o caso concreto. Nessa circunstância, reafirmou ser cabível agravo interno. Acrescentou que, da decisão equivocada do órgão especial ou do plenário, ainda poderiam ser opostos os embargos de declaração para corrigir a ocorrência de erro material. Tudo no âmbito do tribunal a quo. A Ministra reputou, ademais, que seria inviável o pronunciamento do STF em cada caso e que não se poderia simplesmente substituir a via do recurso extraordinário pela da reclamação, novamente sobrecarregando esta Corte. Entretanto, asseverou que a reclamação poderia, excepcionalmente, ser admitida quando o tribunal de origem classificar erroneamente a repercussão geral, se esse equívoco não for corrigido pelos mecanismos já assentados pela jurisprudência do Supremo. Destacou que, em se tratando de matéria constitucional nova, poderia o STF – a critério do relator –, vislumbrando *icto oculi* a presença de transcendência e relevância, transformar em recurso extraordinário a própria reclamação. Situação esta em que seria reconhecida a repercussão geral e solucionada a questão de mérito. Tudo com efeitos vinculantes para os casos semelhantes então em tramitação em qualquer instância. Porém, reconheceu que isso não ocorrera na Rcl 11427 AgR/MG, em que a parte suscitara a inconstitucionalidade da resolução que impusera regra sobre admissibilidade de recurso especial (pagamento de custas). Destacou que o próprio Supremo já teria dado resposta à essa matéria ao estabelecer a inexistência de repercussão geral quando a alegação disser respeito a pressupostos de admissibilidade do recurso especial ou recurso equivalente. Por fim, registrou que essa conclusão aplicar-se-ia também à Rcl 11408 AgR/RS. Após, pediu vista o Min. Gilmar Mendes”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo634.htm#Reclamação%20e%20erronia%20em%20aplicação%20de%20precedente%20em%20RG%20-%201>. Acesso em: set. 2019.

<sup>704</sup> Ambas as Reclamações são de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, atualmente em vista com o Ministro Luiz Fux, que liberou os processos para julgamento em 25/01/2019, mas ainda não foram pautados.

A questão assumiu especial relevo quando da edição da Lei nº 13.256/2016, que alterou o Código de Processo Civil, mais precisamente à competência do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários e especiais perante aos tribunais de origem (art. 1.030 do CPC)<sup>705</sup>.

Aplicar um filtro para a ascensão de recursos aos tribunais superiores, impedindo que milhares de processos alcancem às instâncias do STF e STJ é uma das características do nosso sistema processual. É que “a simples intenção da justiça quanto à decisão do caso jurídico concreto – e, com ela, também o interesse das partes na causa”, por si só, não justifica a abertura de uma terceira via de discussão<sup>706</sup>.

A ideia inicial do Código Processual era a de submeter à análise dos recursos extraordinários e especiais ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, por ser nesta esfera que ocorre a formação dos precedentes qualificados que se almeja superar. Nos Tribunais Superiores seria feita a avaliação da aplicação ou não do precedente qualificado, bem como o cabimento da sua superação<sup>707</sup>.

Todavia, a regra de admissibilidade proposta no projeto do Código de Processo Civil não prevaleceu. E nos casos de negativa de seguimento ao extraordinário ou especial pelos motivos das alíneas “a” e “b”, ficou conferida a parte a utilização de agravo interno, pelo disposto no § 2º do art. 1.030 do CPC.

Nessa perspectiva, a Reclamação que serviria como meio de oxigenação do precedente qualificado, buscando demonstrar que para o caso específico, o entendimento, quer em sede de repercussão geral ou repetitivo, não se amolda à decisão da corte superior, ficaria represada aguardando decisão de agravo interno (art. 1.021 do CPC).

---

<sup>705</sup> “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado em regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos”.

<sup>706</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra editora, 1983. p. 652.

<sup>707</sup> DELLORE, Luiz. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 1.174.

A situação se agravava ainda mais porque a jurisprudência do STF<sup>708</sup> e STJ<sup>709</sup> vinha afirmando não caber mais recurso, do que se deduz a limitação para enfrentamentos futuros das matérias questionadas em sede de repercussão geral e repetitivos.

Impondo a lei procedimental de que a competência para o controle de admissibilidade fica a cargo dos tribunais de origem, estes tendem a aplicar mecanicamente o precedente qualificado, impedindo que a discussão sobre a distinção do caso ascenda. Tal medida representaria o “engessamento do direito”<sup>710</sup>.

Com a edição do Código de Processo Civil e a regulação das hipóteses de cabimento de recurso aos Tribunais Superiores, novos desafios surgiram.

Em relação ao uso do Agravo, o código espelhou o posicionamento do STF quanto ao seu não cabimento para discutir aplicação de entendimento firmado em repercussão geral e repetitivos<sup>711</sup>.

Ao invés de permitir o acesso direto da decisão que nega seguimento ao recurso no regime da repercussão geral ou repetitivos via agravo, o legislador fechou esta porta, mas deixou consignado o uso do agravo interno do 1.030 do CPC<sup>712</sup>.

---

<sup>708</sup> “Firmou-se nesta Suprema Corte o entendimento de que incabível reclamação ou o agravo previsto na Lei 12.322/10 contra decisão que, na origem, aplica o disposto nos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil de 1973. Contra decisão desse teor, admissível apenas agravo regimental no âmbito do próprio Tribunal a quo. Precedentes”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 23.288/SP**. Rel. Min. Rosa Weber, DJe 16.12.2016.

<sup>709</sup> “É incabível a utilização da reclamação constitucional dirigida ao STJ contra julgado que nega provimento a agravo regimental interposto contra decisão de inadmissibilidade do apelo especial fundada no art. 543-C, § 7º, I, do CPC”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Agravo Regimental na Reclamação n. 25.215/PB**. Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 11.09.2015.

<sup>710</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC Reformado permite superação de decisões vinculantes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>. Acesso em: 13 novembro de 2017.

<sup>711</sup> O art. 1.042 foi vazado no seguinte teor: “Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos”.

<sup>712</sup> A redação do dispositivo que rege a matéria está assim definida no CPC/15: “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos; [...] III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo

Em última análise, o código incorporou a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, quanto ao questionamento de suas decisões em repercussão geral e repetitivos. Os dispositivos citados fecham o questionamento destas decisões via agravo e admitem o agravo interno, que será julgado pelos tribunais locais.

A partir daí, surge um novo problema. Da decisão que nega provimento ao agravo interno, qual recurso é cabível para fazer chegar a matéria ao conhecimento do Tribunal Superior? O Código não prevê expressamente nenhum tipo de recurso, pelo que se poderia cogitar o fim da linha.

Diante deste quadro, algumas possibilidades foram trabalhadas pela doutrina.

Advoga-se, por exemplo, que negado seguimento ao especial ou extraordinário nos casos em que não caibam recursos, que se faça uma nova interposição de recurso especial sob o fundamento da superação ou mesmo um recurso extraordinário baseado no art. 102 da CF. A solução defendida por Alexandre Freitas Câmara, a nosso juízo, não encontra amparo na legislação que cuida das hipóteses do cabimento de recurso especial e extraordinário, além de ter recebido resposta negativa pelo STJ<sup>713</sup>.

E mais, supondo que o agravo interno seja interposto por uma fundamentação específica, mas rejeitado por outra motivação, a questão pontual da superação do precedente qualificado poderia jamais chegar ao tribunal superior. Mesmo que se admitisse o REsp ou RE contra o mencionado agravo interno, os motivos determinantes que seriam usados para negar-lhe deferimento e manter a decisão monocrática do Presidente ou Vice-Presidente do

---

Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional; [...] § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021”.

<sup>713</sup> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE MANTÉM DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL COM BASE NO ART. 543-C, § 7º, I, DO CPC. NOVO RECURSO ESPECIAL APONTANDO VIOLAÇÃO DO ART. 543-C, § 7º, I, DO CPC. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE CABIMENTO DE RECURSO OU DE OUTRO REMÉDIO PROCESSUAL. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento no sentido de que o único recurso cabível para impugnação de possíveis equívocos na aplicação do art. 543-B ou 543-C, do CPC, é o agravo interno, a ser julgado pela Corte de origem, não havendo previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual. Precedentes. 2. Desta forma, sendo negado provimento ao agravo interno contra decisão que indeferiu o processamento do recurso especial com base no art. 543-C, § 7º, I, do CPC, contra tal acórdão não cabe a interposição de qualquer recurso, por ser inadmissível o recurso especial que aponta violação ao art. 543-C, § 7º, I, do CPC, e por conseguinte, do respectivo agravo em recurso especial. 3. Agravo regimental não provido" BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Agravo e Recurso Especial n. 540.265/PB**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 08.09.2014.

Tribunal, seguramente seriam diferentes dos utilizados no recurso ao tribunal Superior, sepultando definitivamente a possibilidade de questionamento do precedente.

Outra possibilidade, defendida por Nelson Nery Junior e Georges Abboud, reside sobre a competência para fazer análise de admissibilidade do REsp e RE. Para os autores, como a competência neste ponto é dos Tribunais Superiores, agindo os tribunais dos estados por delegação, haveria a possibilidade de interpor agravo de instrumento contra a decisão que nega seguimento ao agravo retido<sup>714</sup>.

Os autores defendem uma interpretação conforme a Constituição para corrigir o § 1º do art. 1.030 do CPC e assegurar aos Tribunais Superiores a última palavra sobre a admissibilidade de recursos cuja matéria é de sua competência. Além disso, entendem que deve haver a possibilidade de utilização de recursos distintos para as decisões que negam admissibilidade de REsp e RE. Para eles, a negativa de seguimento em agravo interno não pode ser dada de forma definitiva por tribunal que não o STJ ou STF, ao menos não sem prévia autorização constitucional para tanto. No dizer deles “o tribunal não pode modificar o sentido, como se legislador fora, mas apenas corrigir-lhe imperfeições para conformá-la à Constituição Federal”. Haveria uma inconstitucionalidade, portanto<sup>715</sup>.

Vendo por um prisma ligeiramente diferente, a decisão do tribunal local que nega indevidamente seguimento a recurso sob a justificativa de aplicação de repercussão geral ou repetitivo, usurpa competência do STF e STJ, permitindo o acesso via Reclamação ao tribunal competente até mesmo sem a necessidade de protocolo de agravo interno. Este posicionamento alarga a possibilidade de uso da Reclamação, mas não vem sendo aceito pelos Tribunais Superiores.

Adotamos solução intermediária, que passa pela Reclamação. Pensamos que seja adequado seu uso para atacar as decisões que negam seguimento ao RE e REsp repetitivos bem como os recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida. Entretanto, seu ingresso deve aguardar o desprovimento do agravo interno.

---

<sup>714</sup> NERY JR, Nelson; ABOUD, Georges. Recursos para os tribunais superiores e a Lei 13.256/2016. **RePro**. São Paulo, v. 257, julho 2016.

<sup>715</sup> Ibidem.

A partir dessa premissa, numa interpretação sistêmica com o art. 988, § 5º, II do CPC, nasceu a possibilidade de se utilizar a Reclamação para promover o diálogo entre a decisão afetada pela repercussão geral ou repetitivo e o caso concreto que se pretende discutir.

Isto porque o inciso II do § 5º do art. 988 do CPC, mesmo em redação enviesada, permite o uso de Reclamação para garantir a observância dos mencionados recursos após esgotadas as instâncias ordinárias. Ou seja, cabe Reclamação contra acórdão proferido em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou recurso especial ou extraordinário repetitivo, mas não antes de esgotarem-se as instâncias ordinárias de recurso.

O uso da Reclamação nessas hipóteses revela-se pertinente, na medida em que a ação faz chegar ao Tribunal Superior a decisão que malversou a aplicação da repercussão geral ou repetitivo.

Esta longa discussão, embora importante para a definição de uma posição mais assertiva do STF sobre o uso da Reclamação, a nosso juízo, foi suplantada pelo art. 988, IV, § 5º do CPC/15, que permitiu o uso da Reclamação 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”.

Existem, portanto, dois requisitos para que seja possível processar a Reclamação que trata de casos envolvendo a repercussão geral e recursos repetitivos: (i) esgotar as instâncias ordinárias e (ii) suposto erro na aplicação do entendimento em sede de repercussão geral ou repetitivos<sup>716</sup>.

Exaurimento das instâncias ordinárias significa percorrer todo o iter processual. O esgotamento das instâncias de origem se dá quando permitido o debate amplo da matéria e os órgãos judiciários dos estados ou federais não tiverem mais competência para apreciar os

---

<sup>716</sup> “De início, registro que o entendimento deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que discussões a respeito da aplicação da sistemática da repercussão geral, pelo juízo de origem, podem ser trazidas a esta Corte por meio do instrumento processual da reclamação constitucional, para se assegurar a observância de acórdão formado no julgamento do mérito de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (art. 988, II, do CPC/15), desde que (i) esgotadas todas as instâncias ordinárias; e (ii) haja suposta erronia na aplicação do entendimento desse Tribunal firmado em sede de repercussão geral, sendo ônus da parte reclamante demonstrar a existência de razões fundamentadas em teratologia na aplicação da norma de interpretação extraída do precedente do Supremo Tribunal Federal com força obrigatória ao caso concreto”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Presidência. **Reclamação n. 35.382/SP**. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.06.2019, DJE 19.06.2019.

recursos interpostos. Portanto, considerando que o processo trilhou todos os caminhos de 1º e 2º grau de jurisdição, pode-se considerar o esgotamento das ditas instâncias ordinárias.

Nos casos em que se discute matéria afeta ao recurso extraordinário (STF) e recurso especial (STJ) de forma concomitante, encerrada a via recursal ordinária em relação a uma matéria, facultado está o uso da Reclamação ao tribunal competente<sup>717</sup>.

Nesse norte, a Reclamação pode ser usada tanto para impor a tese vencedora, quanto para distinguir a aplicação dos casos julgados em repercussão geral ou repetitivos que foram sobrestados ou que tiveram seguimento negado.

Concordamos que deve ser exigido rigor e de forma inequívoca a inaplicabilidade da tese do STF ao caso concreto. O caso que se pretende distinguir deve ser trabalhado detalhadamente para demonstrar sem margem de dúvida que a decisão da negativa de

---

<sup>717</sup> Este não é, no entanto, posicionamento prevalente: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. RECURSO REPETITIVO. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS (ART. 988, § 5º, II, CPC/2015): INTERPRETAÇÃO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. 1. O manejo de Reclamações contra julgado que tenha decidido contrariamente ao entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC/1973 ou 1.036 do CPC/2015) pressupõe o prévio esgotamento das instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, II, do CPC/2015). 2. Amparada em precedentes do Supremo Tribunal Federal (dentre eles: Rcl 24.259/DF, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 22/6/2016; Rcl 24.323/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 16/6/2016; Rcl 24.215 MC/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJe de 9/6/2016; Rcl 23.476/DF, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe de 25/5/2016), a jurisprudência desta Corte vem entendendo que “a mera interposição dos recursos extraordinário e especial, por si só, não é o suficiente para a satisfação do requisito do esgotamento das instâncias ordinárias previsto no inciso II do § 5º do art. 988 do CPC/2015” (Ag. Reg. na Reclamação 23.476/MS, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 18/08/2016). 3. Para que ocorra o esgotamento das instâncias ordinárias na forma exigida pelo inciso II do § 5º do art. 988 do CPC/2015, é necessário que o Tribunal de segundo grau tenha se manifestado sobre o tema em sede de juízo de retratação e que o recurso especial interposto naquele feito pelo Reclamante já tenha tido a sua admissibilidade examinada no segundo grau de jurisdição. Antes disso, o manejo da Reclamação é prematuro. 4. Refoge à lógica que rege o princípio da utilidade admitir-se o manejo prematuro de ação e/ou recurso que se volte contra julgado cuja reforma ainda pode ser obtida por outros meios que não a provocação de uma instância superior. 5. Ainda que o § 6º do art. 988 do CPC/2015 afirme, expressamente, que “A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação”, a manifestação prévia em sede de juízo de admissibilidade do recurso especial/extraordinário posteriormente ao juízo de retratação, nos termos do art. 1.030, V, “c”, do CPC/2015, ainda é atribuição do Tribunal de segundo grau e, por isso, deve ser compreendida na interpretação do comando legal que demanda o esgotamento prévio das instâncias ordinárias para o manejo da Reclamação. 6. Precedentes desta Corte: Rcl 32.171/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe de 10/08/2016; Rcl 32.559/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 25/11/2016; Reclamação 33.043/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, de 13/02/2017; AgInt na Rcl 32.502/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 23/11/2016, DJe 01/12/2016. 7. Dita interpretação não põe em risco o primado da rápida tramitação das causas e da economia processual, mas apenas aplica a lei que, mesmo impondo requisitos (incisos I e II do § 5º do art. 988), já constitui avanço em relação à legislação anterior. 8. Situação em que a Reclamação foi ajuizada após a manifestação do Tribunal de Justiça em sede de juízo de retratação, mas antes que fosse realizado o juízo de admissibilidade do recurso especial interposto pelo Reclamante. 9. Agravo regimental do Ministério Público Federal a que se nega provimento”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **Reclamação n. 32.945/RS**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 02.03.2017.

seguimento, se persistir, estaria aplicando precedente inadequado. A Reclamação não se presta à revisão do mérito ou reexame de provas, mas para assegurar que a autoridade ou competência dos tribunais não seja desrespeitada pela aplicação inadequada de suas decisões<sup>718</sup>.

Na Reclamação 35.382/SP<sup>719</sup>, pretendia-se aplicar o tema da repercussão geral n. 496, segundo o qual: “Nos limites da circunscrição do município e havendo pertinência com o exercício do mandato, garante-se a imunidade ao vereador”.

Analisado o caso concreto, embora conhecida a Reclamação por ter havido o esgotamento das instâncias ordinárias, foi entendido que o caso não guarda relação com o tema da repercussão geral, por isso não justifica seu encaixe no paradigma. O recurso foi conhecido e desprovido.

Na Reclamação 23.017/MG<sup>720</sup> a Corte foi além, ao afirmar que a ação pode servir de revisão da tese de repercussão geral. Este caso específico tratou da possibilidade de pagamento de honorários advocatícios à defensoria pública.

---

<sup>718</sup> “[...] sendo o caso de reclamação proposta para aferir a adequação de tese firmada em repercussão geral ao caso concreto, igualmente deve ficar evidente, da narrativa da reclamante, as circunstâncias de fato e de direito que afastam o caso concreto do precedente aplicado – e mais, tais circunstâncias devem ser significativas o suficiente para ensejar a inaplicabilidade do precedente à espécie. Tal cotejo analítico entre paradigma e caso concreto consiste em pressuposto lógico para o cabimento da via reclamatória nessas hipóteses”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 29.087/ES**. Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.03.2018.

<sup>719</sup> “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIOABILIDADE CIVIL DAS OPINIÕES, PALAVRAS E VOTOS DE VEREADORES. PROTEÇÃO ADICIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. AFASTAMENTO DA REPRIMENDA JUDICIAL POR OFENSAS MANIFESTADAS NO EXERCÍCIO DO MANDATO E NA CIRCUNSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Vereador que, em sessão da Câmara, teria se manifestado de forma a ofender ex-vereador, afirmando que este “apoiou a corrupção [...], a ladroeira, [...] a sem-vergonhice”, sendo pessoa sem dignidade e sem moral. 2. Observância, no caso, dos limites previstos no art. 29, VIII, da Constituição: manifestação proferida no exercício do mandato e na circunscrição do Município. 3. A interpretação da locução “no exercício do mandato” deve prestigiar as diferentes vertentes da atuação parlamentar, dentre as quais se destaca a fiscalização dos outros Poderes e o debate político. 4. Embora indesejáveis, as ofensas pessoais proferidas no âmbito da discussão política, respeitados os limites trazidos pela própria Constituição, não são passíveis de reprimenda judicial. Imunidade que se caracteriza como proteção adicional à liberdade de expressão, visando a assegurar a fluência do debate público e, em última análise, a própria democracia. 5. A ausência de controle judicial não imuniza completamente as manifestações dos parlamentares, que podem ser repreendidas pelo Legislativo. 6. Provimento do recurso, com fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato, os vereadores são imunes judicialmente por suas palavras, opiniões e votos”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 35.362/SP**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 19.06.2019.

<sup>720</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 23.017/ES**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 25.04.2018.

Contextualizando o julgado, a situação está posta da seguinte forma nos Tribunais Superiores. No STJ o tema está sumulado no seguinte teor: “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público a qual pertença” (Súmula 421 STJ). Já no STF, a matéria recebeu negativa de repercussão geral na análise do recurso extraordinário 592.730/RS, no tema de repercussão geral n. 134.

Ocorre, todavia, que o papel da defensoria pública foi alterado pela EC n. 74/2013 e 80/2014, que permitiu a possibilidade de recebimentos de honorários advocatícios pela instituição “destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores” (art. 4º, XXI, LC n. 80/1994).

Neste quadro, pode a Reclamação servir de veículo de revisão da tese firmada em repercussão geral, buscando uma nova análise em momento mais atual e frente à nova legislação.

A jurisprudência do STJ, analisando casos que receberam a incidência da nova legislação, vem dando eco aos pedidos feitos em Reclamação, que após o esgotamento das instâncias ordinárias, ataca decisão do tribunal local que negou seguimento ao agravo interno<sup>721</sup>. O Superior Tribunal de Justiça vem aceitando fazer o cotejamento de Reclamação que alega descompasso de aplicação entre decisão de agravo interno e precedente firmado em repetitivos<sup>722</sup>.

Tomamos como exemplo a Reclamação 37.081/SP<sup>723</sup>, que entendeu possível o cabimento da ação para a observância de precedentes qualificados, mais especialmente sobre decisão em recurso especial repetitivo:

---

<sup>721</sup> “O acórdão que julga agravo interno manejado contra decisão que negara seguimento ao recurso especial com fundamento em precedente obrigatório formado pela sistemática dos recursos repetitivos (art. 1.030, § 2º, do CPC), objeto da presente impetração, é impugnável por meio de reclamação (art. 988, § 5º, II, do CPC). Precedentes do STF e do STJ”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Agravo Interno no Recurso em Mando de Segurança n. 56.567/SP**. Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 11.06.2019.

<sup>722</sup> “AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO (CPC, ART. 988, § 5º, II). RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE A PRECEDENTE QUALIFICADO. NÃO CARACTERIZADA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Não caracterizada a inobservância da tese firmada em sede de recurso especial repetitivo de modo a justificar o manejo da reclamação prevista no artigo 988, § 5º, II, do Código de Processo Civil de 2015”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Agravo Interno na Reclamação n. 36.551/SP**. Rel. Min. Raul Araújo, DJe 04.04.2019.

<sup>723</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Reclamação n. 34.880/MS**. Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 23.04.2019.

1. É cabível reclamação para garantir a observância de precedente formado em julgamento de recurso especial repetitivo, desde que esgotadas as instâncias ordinárias. Inteligência do art. 988, § 5º, do CPC.

2. Exaurida a instância recursal ordinária com o julgamento do agravo interno a que se refere o art. 1.030, § 2º, do CPC, esse é o julgado cuja validade será o objeto de análise desta reclamação e de eventual juízo de cassação tendente a dar a correta destinação do recurso especial obstado na origem.

O caso concreto repousou sobre a não aplicação do decidido no REsp 1.148.444/MG<sup>724</sup>, julgado sob o regime dos repetitivos, que conferiu ao adquirente de boa-fé a tomada do crédito de ICMS na operação, mesmo que a nota fiscal da mercadoria tenha sido posteriormente declarada inidônea.

Ou seja, o objetivo da Reclamação era o de garantir a aplicação da decisão tomada em repetitivo, porque vinculante e semelhante ao caso concreto. Para isso, foi verificada a regra do art. 988, § 5º do CPC e decidido que o esgotamento da instância ordinária se “dá depois de julgado o agravo interno interposto contra a decisão de inadmissibilidade do recurso de natureza extraordinária exarada pela Presidência do Tribunal a quo (art. 1.030, § 2º, do CPC/2015)”.

O caso dos autos iniciou com uma ação anulatória de débito fiscal no Estado de São Paulo, em que este glosou a tomada de crédito de ICMS de empresa, em situação semelhante à do entendimento firmado pelo STJ. A sentença de 1º Grau e o recurso de apelação foram julgados improcedentes, aplicando tese contrária ao repetitivo. Recurso especial foi interposto e teve seu tramite obstado pelo art. 1.030, I, “b”, do CPC, por entender não ser o caso assemelhado ao repetitivo. Da decisão foi interposto agravo interno, também desprovido.

Por todo esse iter processual, e considerando que não há mais a possibilidade de utilização de nenhum outro recurso para questionar a decisão do agravo interno, o STJ entendeu estar esgotada a instância ordinária, sendo a Reclamação remédio adequado para fazer valer a aplicação do precedente firmado em repetitivo.

---

<sup>724</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial n. 1.148.444/MG**. Rel. Min. Luiz Fux, DJe 27.04.2010. A tese firmada foi a seguinte: “o comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação”.

Este entendimento, inclusive, vem ajudando a reescrever a jurisprudência restritiva do STJ que ainda exigia identidade de partes como condição de cabimento da Reclamação<sup>725</sup>. No caso concreto, admitiu-se o uso da Reclamação para os afetados pela decisão, que não integraram a lide. Este entendimento restritivo é criticado porque “conflita com a ampliação do conceito de provimento judicial vinculante trazida pelo atual código de processo e torna inócuo, em termos práticos, o CPC 927 III”<sup>726</sup>. A manutenção do entendimento restritivo estaria eliminando a via direta de questionamento para assegurar a aplicação vinculada das decisões do STJ.

Da mesma forma o STF vem aceitando o uso da Reclamação para as hipóteses de decisão que malversa precedente em repetitivos e recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Este entendimento foi aplicado na Reclamação 32.532/PB<sup>727</sup>. No caso, a ação foi movida contra acórdão do Órgão Especial do TJ de Pernambuco que negou provimento a agravo interno, com base na tese firmada no tema 784<sup>728</sup> da repercussão geral (art. 1.030, I, a, do CPC/2015).

A ação ordinária em 1º Grau objetivava a nomeação de aprovados em concurso para médico legista, porque que se encontravam em cadastro de reserva. A ação teve sucesso no juízo processante, mas teve desfecho negativo no tribunal local, que também negou seguimento ao recurso extraordinário e ao seu agravo interno (art. 1.030, I, a, do CPC).

A decisão do TJPB considerou o caso concreto estava abarcado pelo Recurso Extraordinário 8371.311/PI, com a seguinte decisão:

---

<sup>725</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Reclamação n. 31.637/PE**. Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 17.12.2018.

<sup>726</sup> ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 911.

<sup>727</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 32.532/PB**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 28.11.2018.

<sup>728</sup> Tema 784 de Repercussão Geral do STF: “O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; III – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima”.

o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito de nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.

A justificativa foi que a *ratio decidendi* do tema 784 tem efeito vinculante e se tratando de caso semelhante, há o que impedimento de ascensão do recurso extraordinário ao STF.

O Relator, Ministro Roberto Barroso, reconheceu que na sistemática da Lei nº 8.038/1990 e do CPC/1973, não se permitia o processamento de Reclamações sob a alegação de ausência ou aplicação equivocada de precedente firmado em repercussão geral. O CPC/2015, a seu turno, previu a possibilidade de Reclamação para garantir a observância de acórdão de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida ou repetitivos. Mas o art. 988, § 5º, II, fez a ressalva de que seria necessário esgotar todas as instâncias para o manejo da Reclamação.

Na ocasião foi reconhecida a distinção dos casos, por entender que o Pleno do STF tem se posicionado em favor do direito dos autores em casos análogos, onde o candidato tem direito ao chamamento para preencher vaga aberta em virtude da desistência de candidato. Em consequência, liminar foi deferida para suspender os efeitos do acórdão do TJPE e processar a Reclamação.

Não bastasse isso, a Reclamação 4.374/PE, já trabalhada em capítulo que tratou das decisões em controle concentrado, possibilitou o uso da Reclamação para o questionamento, revisão e modificação do alcance de precedentes qualificados, pelo que viável seu uso para apontar divergência entre precedente aplicado como fundamento para o não conhecimento de recurso extraordinário ou recurso especial.

Nos casos de acórdãos proferidos em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida ou recursos especiais ou extraordinários repetitivos, a utilização da Reclamação serve tanto para impor a tese vencedora, quanto para distinguir o caso sobrestado ou que tenha sido negado seguimento. É que na aplicação do *distinguishing*, será possível sair do raio de incidência do precedente, permitindo que o recurso ascenda à instância superior.

Veja, todavia, que para o sucesso da Reclamação, mesmo nos casos em que se possibilidade a revisitação da decisão com repercussão geral reconhecida, devem estar presentes um dos motivos ínsitos ao instituto: preservar a competência do STF e garantir a autoridade de suas decisões (art. 102, inciso I, alínea I, CF)<sup>729</sup>.

No caso dos repetitivos, tanto especial quanto extraordinário, o CPC disciplina no §8º do art. 1.037 que “as partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do caput”.

Neste momento está disponível às partes insurgirem-se contra a aplicação do precedente, apresentando a distinção dos casos. Embora haja a previsão de insurgência no código e indicação a quem deve ser dirigida, não está estipulado o meio pelo qual essa distinção será realizada. À primeira vista o pedido se fará por simples petição ao juízo competente. Caso negado, a parte pode interpor agravo de instrumento, se o sobrestamento ocorreu em primeiro grau; agravo interno, caso o processo se encontro no tribunal (I e II, § 13, art. 1.037, CPC).

Esta regra se conecta com o inciso II, §5º do art. 988 do CPC. Quando o agravo interno rejeitar o pedido de distinção realizado do repetitivo, estará aberta a via da Reclamação à Corte Superior.

No ponto dos repetitivos, merece atenção o julgamento da Reclamação 36.476/SP pela Corte Especial do STJ, ainda em fase de votação no momento do encerramento deste trabalho.

A discussão recai sobre a possibilidade de uso da Reclamação na hipótese de aplicação equivocada de repetitivo. Já mostramos em linhas passadas que o STJ vem admitindo o uso da Reclamação nesses casos, mas a discussão levanta questionamentos sobre a possibilidade de utilização de outro remédio que não o agravo interno.

A Ministra Nancy Andrighi faz coro divergente ao posicionamento atual do STJ, ao entender que o CPC fez opção de somente aceitar o recurso de agravo interno para questionar

---

<sup>729</sup> “Recorde-se que a Reclamação ajuizada com base no art. 988 do CPC/2015 pressupõe a demonstração de que o Tribunal de origem negou, de forma expressa, a autoridade de decisão proferida pela Corte ad quem, sob pena de banalizar o instrumento processual como mero sucedâneo recursal destinado a trazer ao STJ o rejuízo da causa”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Reclamação n. 36.547/SP**. Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18.06.2019.

a má-aplicação dos repetitivos. Aceitar a Reclamação como veículo autônomo seria tornar estéril a vedação do código<sup>730</sup>.

Não parece ser essa a solução mais acertada. Primeiro, porque vem crescendo o número de decisões admitindo a Reclamação nessas hipóteses e solidificando o entendimento, tanto no STJ, quanto no STF – e sobre isso citamos julgados recentes. Segundo, porque impedir o acesso aos Tribunais Superiores agride o acesso à justiça, princípio tão caro ao processo civil brasileiro. Terceiro, porque o retorno à defensiva jurisprudência parece ser motivado por política judiciária, buscando limitar o crescente número de Reclamações dirigidas aos tribunais superiores. E por último, o CPC editou dispositivo cuja redação deixa inequívoca a possibilidade de uso da Reclamação no caso de repetitivos.

No dizer de Liebman “não se deve adaptar a função às possibilidades do órgão, mas o órgão adaptar-se às necessidades da função”<sup>731</sup>.

Além disso, impedir o questionamento de decisão que nega seguimento a agravo interno, na hipótese de distinção em repetitivo, prejudica a evolução do direito ao não permitir que a tese firmada seja novamente questionada<sup>732</sup>.

### 3.4 Superação dos precedentes qualificados na via da Reclamação

No subcapítulo 3.3.3, vimos que o STF vem admitindo o uso da Reclamação para questionar decisões da Corte em controle concentrado e difuso de constitucionalidade. O entendimento pretérito para permitir o processamento das Reclamações, baseavam-se em: (a) existência de relação processual em curso e (b) ato que desafiasse a competência do Tribunal<sup>733</sup>.

---

<sup>730</sup> Votou no mesmo sentido da Relatora o Ministro Humberto Martins; o Ministro Og Fernandes abriu voto divergente, no sentido de aceitar a Reclamação para os casos de aplicação equivocada de repetitivos. O processo está com vista ao Ministro Herman Benjamin desde 17/10/2019. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Reclamação n. 36.476/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi.

<sup>731</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1988. p. 233.

<sup>732</sup> ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Meios de impugnação na superação de recursos repetitivos: um estudo através da Reclamação nº 36.476 do STJ. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Curitiba: OABPR. v.4, n.2, out. 2019. p. 302.

<sup>733</sup> QUINTAS, Fábio Lima; CESAR FILHO, Alcebíades Galvão. A Reclamação constitucional como veículo de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, n. 19, jul-dez, 2018. p. 498-522. Este entendimento foi firmado, por exemplo, no seguinte julgado: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 831/DF**. Rel. Min. Amaral Santos, julgado em 11.11.1970.

Fábio Lima Quintas<sup>734</sup> descreve que a jurisprudência do STF evoluiu para assegurar a Reclamação como meio de observar decisões da Corte proferidas em controle abstrato, como nos casos de ADI e ADC, superando o entendimento restrito<sup>735</sup>. Ainda, as Reclamações para questionar decisões com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, tinham um rol de legitimados bastante restrito<sup>736</sup>.

Num quadro de evolução, que possibilitou a defesa das ações constitucionais com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, caso da ação declaratória de constitucionalidade, das declarações parciais de constitucionalidade sem redução de texto e interpretação conforma a Constituição, bem como da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o uso da Reclamação foi sistematicamente sentu ampliado<sup>737</sup>.

O Código de Processo Civil ampliou as possibilidades de uso da Reclamação. Hoje não estamos somente diante de seu uso limitado para garantir a competência dos tribunais ou garantir seus julgados. Essas ainda são funções relevantes e indispensáveis à Reclamação. Todavia, nos interessa mesmo é a possibilidade de uso desta ação constitucional para controlar a boa aplicação dos precedentes qualificados, instituídos pelo art. 927 do CPC. E, neste exercício de controle de precedentes, bem cabe a sua superação.

---

<sup>734</sup> QUINTAS, op. cit., p. 498-522.

<sup>735</sup> O entendimento que prevalecia era o seguinte: “Reclamação contra atos judiciais sob fundamento de desrespeito a autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal em representação da inconstitucionalidade. – Contra ato judicial que aplica norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em representação de inconstitucionalidade não cabe reclamação, pela parte prejudicada naquela relação processual, sob o fundamento de, como terceiro interessado, visar a garantir a autoridade da decisão desta Corte. Reclamação não conhecida”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 208**. Rel. Min. Oscar Correa, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, j. 19.11.1986, DJE 02.11.1991.

<sup>736</sup> “Reclamação – Garantia da autoridade de decisão proferida pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade – Excepcionalidade de seu cabimento – Ausência de legitimidade ativa – Pedido não conhecido. 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 judiciários às teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo STF em ações diretas de inconstitucionalidade. A expressão ‘parte interessada’, constante da Lei n. 8.038/1990, 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 à sua instauração (CF, art. 103). (...)”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 397**. Rel. Min. Celso de Mello, DJE 22.05.1992.

<sup>737</sup> A Reclamação 1.880/SP serviu para deixar inequívoca a abertura dos legitimados para propor Reclamação, em trecho do acórdão que merece transcrição: “Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como das Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal (Lei 8003/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia do acórdão vinculante a ser preservado”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 1.880/SP**. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJE 19.03.2004.

Ou seja, além dos comandos historicamente bem definidos, a Reclamação pode ir além, servindo como mecanismo de oxigenação dos precedentes qualificados, o que permite fazer valer a autoridade das decisões vinculantes, mas também redimensionar seu raio de alcance e, inclusive, promover a superação dos entendimentos.

Isto porque, ao “preservar a autoridade das decisões vinculantes proferidas por um tribunal, a reclamação, invariavelmente, colocará este tribunal, por diversas vezes, frente a frente com a decisão proferida anteriormente”<sup>738</sup>.

Pelo clássico exemplo dado na Reclamação 4.374/PE, foi conferida à ação a possibilidade de reanalisar a decisão antes proferida, possibilitando uma evolução interpretativa. Na marcante lição de Karl Engisch, no balançar dos olhos entre objeto e parâmetro da Reclamação, pode surgir oportunidade de uma nova interpretação sobre o caso. No bojo da fundamentação permitiu-se revisitar o precedente, ampliar ou comprimir seus contornos, sendo viável, até mesmo, proceder sua superação.

É possível, portanto, através da Reclamação, em juízo de comparação com os precedentes qualificados, expandir, contrair e até mesmo superar a decisão. Em outras palavras, a Reclamação serve como meio de atualização de precedentes qualificados, permitindo ao tribunal sua retificação ou superação, evitando que o fundamento sobre o tema seja definitivamente encerrado<sup>739</sup>.

Sabendo que precedentes são texto e que, portanto, estão sujeitos à interpretação no momento de sua aplicação, a cada novo julgamento que se realiza, podem ocorrer transformações na norma do precedente.

Entretanto, a manutenção dos precedentes é regra que deve ser evidenciada. Para a formação de um sistema que preze pela segurança jurídica e que as decisões vinculantes previstas no art. 927 do CPC possam contribuir com esse resultado, é mister evitar a alteração constante dos julgados das Cortes Superiores. E nesse ponto, “sua função de garantir a

---

<sup>738</sup> ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 919.

<sup>739</sup> OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 907.

observância de precedentes obrigatórios, especificamente, garante um tratamento igualitário dos jurisdicionados e encorpa a segurança jurídica”<sup>740</sup>.

Tal qual vimos no sistema do *common law*, a superação de um precedente ou alteração de suas bases, mesmo que aceitas como instrumento ínsito ao desenvolvimento do direito, não deve ser tomado como trivial. A superação de um precedente é considerada uma mudança drástica, porque pode trazer largas consequências na vida dos indivíduos.

Mas a estabilização do sistema decisório não deve ser vista como imutável. As decisões estão sujeitas a mudanças para acompanhar as evoluções sociais e os precedentes do CPC não podem ser uma barreira intransponível para este fim.

Vemos a possibilidade de superação dos precedentes como uma forma de o sistema respirar. A troca ou reanálise de entendimento sobre determinada questão permite que o sistema se oxigene e se redesenhe, para que possa estar melhor amoldado às necessidades sociais.

Analisando a inserção do art. 927 do CPC em conjunto com instrumentos que permitam o questionamento de decisões, percebemos o código não trabalhou diretamente com a temática da superação. A formação dos precedentes está bem lançada no CPC, basta ver o mecanismo estabelecido para a formação do IRDR, por exemplo. O disposto nos artigos 976 a 987 do CPC funciona como uma verdadeira incubadora de precedentes. Por outro lado, não está claro a forma de superação dos precedentes. Esta é uma construção que precisa ter por base uma leitura conjugada com art. 489, §1º, V e IV, que prevê tanto as possibilidades de superação, quanto as de distinção de precedentes.

Somamos a essa premissa, outra. Só é competente para realizar a superação ou modificação de um precedente o tribunal que o editou<sup>741</sup>. Aos órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior, podem ser usados outros instrumentos (*anticipatory overruling* e

---

<sup>740</sup> AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação Constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 87.

<sup>741</sup> E aqui evidencia-se a alteração da alínea “g” do art. 6º do RISTF que deslocou a competência para julgamento das Reclamações do plenário para as câmaras. Para que seja preservado o amplo debate, somente pode ocorrer a superação do posicionamento quando a matéria for novamente debatida pelo órgão de cúpula, mesmo que na via da Reclamação. Salutar, portanto, que quando a turma julgadora do STF seja submetida a análise de matéria objeto de decisão do pleno, trazida ao debate pela Reclamação, que o assunto seja submetido ao plenário.

*distinguishing*, por exemplo), mas jamais a superação de fato do precedente. Decisão que assim processa estará indubitavelmente incorrendo em erro.

Deve ser desencorajado, por exemplo, o tratamento dados às súmulas n. 263 e 293 do Superior Tribunal de Justiça<sup>742</sup>. A mudança de entendimento ocorreu pouco mais de nove meses depois da edição do primeiro enunciado, numa típica jurisprudência lotérica.

A doutrina e os tribunais têm trabalhado no desenvolvimento de critérios que permitam evitar a alteração constante de entendimentos, ou melhor dizendo, que justifiquem com mais rigor a superação de um precedente.

Trabalhamos no capítulo passado essas hipóteses, que podem ser a modificação de sua base legal ou dos padrões sociais que o sustentam. O STF já expressa essa preocupação desde 2009, em voto do Ministro Menezes Direito na ADIN 4.071-5/DF, vazado nos seguintes termos:

Não nego, evidentemente, que a jurisprudência do Tribunal possa ser alterada. No entanto, a mudança da jurisprudência pressupõe que tenham ocorrido significativas alterações de ordem jurídica, social ou econômica, o que evidentemente não é o que acontece nesse caso. A estabilidade das decisões da Suprema Corte constitui uma inequívoca exigência de segurança jurídica, não havendo supor, a não se excepcionalmente, que uma orientação firmada com uma declaração de constitucionalidade pudesse ser alterada pouco tempo depois<sup>743</sup>.

Tal qual admitido pelo STF em que o tribunal permitiu o uso da Reclamação para questionar decisão em controle concentrado de constitucionalidade, é possível ajustar sua utilização para revisitar decisões que chamamos de precedentes qualificados.

Sabemos que a Reclamação impõe um exercício de confrontação das suas alegações com o precedente qualificado que se alega violado. E neste exercício analógico de comparação, a Reclamação pode ser veículo de redimensionamento do escopo do julgado ou mesmo de sua superação.

---

<sup>742</sup> O entendimento sumulado 263. “A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação” foi substituído pelo enunciado 293. “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”.

<sup>743</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Agravo Regimental na ADIN n. 4.071-5/DF**. Rel. Min. Menezes Direito, DJe 16.10.2009.

Por tudo que já mencionamos sobre as técnicas de interpretação, a Reclamação abre caminho para um novo olhar sobre o caso paradigma. É no balançar dos olhos entre o juízo de apreciação que a Reclamação proporciona novo exercício interpretativo sobre a matéria.

Além disso, a Reclamação questiona não só o dispositivo da decisão tida como precedente. Na análise dos casos, os argumentos e exercício de comparação recaem sobre a *ratio decidendi* – desejo de conformação dos entendimentos dos tribunais que ficou expresso no § 4º do art. 988 do CPC.

Isso tanto era verdade, que o juízo de admissibilidade recursal, delegado aos tribunais de passagem pela Lei n. 13.256/2016, inicialmente seria realizado pelas instâncias superiores, como buscou estipular a primeira redação do que viria a ser o Código de Processo Civil de 2015.

Não é difícil concluir que a ideia inicial do legislador era conferir ao STJ e STF, instâncias em que os precedentes são editados, uma análise mais conformativa dos seus precedentes. Se o juízo de admissibilidade fosse exercido pelas Cortes Superiores, ficaria mais fácil reconhecerem e aplicarem seus precedentes, ou mesmo revogá-los.

Questões de política judiciária, no qual o ponto de tensão sempre é o volume excessivo de processos, mantiveram o controle de admissibilidade dos recursos nos tribunais dos Estados. A tendência, com isso, é a formação de uma jurisprudência mais restritiva, voltada ao represamento da demanda que ascenderia ao STF e STJ.

Por isso, quando as vias ordinárias, para buscar questionar a aplicação equivocada dos precedentes qualificados, estiverem bloqueadas, a Reclamação assume via direta e independente para buscar a ascensão dos casos aos Tribunais Superiores. A via funciona como oxigenação de precedentes qualificados na medida que intentada diretamente ao tribunal que se pretende aplicar ou superar o entendimento vinculante.

Importante saber que a utilização da Reclamação como instrumento para a superação de precedentes também é alvo de críticas na doutrina.

Basicamente há uma recusa para que a Reclamação possa agir para este fim. Segundo as críticas, a ação deve desempenhar função justamente contrária, vez que criada para garantir a autoridade das decisões dos tribunais e não servir de instrumento para superá-las<sup>744</sup>.

Lucas Buril de Macêdo faz crítica à ideia do uso da Reclamação para controlar a aplicação dos precedentes qualificados. Segundo ele “a previsão é completamente inadequada para o bom funcionamento do *stare decisis* brasileiro, não tem qualquer ligação com a obrigatoriedade dos precedentes e trará prejuízos ao sistema processual brasileiro”<sup>745</sup>.

Para o autor, incluir um meio processual específico para o ataque das decisões que versem sobre precedentes qualificados, por si só, não cria um sistema de precedentes. A criação de um mecanismo de acesso direto ao STJ e STF para questionamento das suas decisões parece excessivamente autoritário, porque objetiva dar uma única interpretação ao precedente. O questionamento para o descumprimento a um precedente, assim como da lei, deveria ser o recurso, porque permite um debate mais amplo e a participação de mais atores processuais<sup>746</sup>. Anota ainda que a Reclamação é meio para preservar a competência dos tribunais superiores e garantir a autoridade de suas decisões, pelo que não deveria ser utilizada para a aplicação de qualquer norma jurídica<sup>747</sup>.

As críticas do autor são bem embasadas, mas com elas não concordamos. Há um ponto de convergência, no entanto: também temos o entendimento que a Reclamação não existe somente para caracterizar o sistema de precedentes do CPC e, de igual modo, não são os comandos vinculantes que dão condição de subsistência à Reclamação. As semelhanças de entendimento param por aqui.

A nosso juízo, a Reclamação não afasta a possibilidade da utilização de outros recursos, preservando a amplitude do debate que o se alega limitada. A bem da verdade,

---

<sup>744</sup> Nesse sentido: BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. **Reclamação Constitucional para superação de precedentes**. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/reclamacao-constitucional-para-superacao-de-precedentes-08122016>> Acesso em: 11.09.2019.

<sup>745</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 596.

<sup>746</sup> Barbosa Moreira também alertava para o perigo do acesso direto às cortes superiores: “Bloquear, de forma direta ou indireta, na produção de órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios de teses firmadas em grau superior significa, em certos casos, barrar precocemente um movimento, talvez salutar. De renovação da jurisprudência”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 311.

<sup>747</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 59-598.

estamos diante de uma ampliação de vias de discussão e não uma retração. Ainda, a Reclamação pode ser direcionada ao controle e aplicação dos precedentes elencados no art. 927 do CPC, mas não é remédio adequado para questionar precedentes persuasivos, por exemplo.

Não bastasse isso, alguns precedentes qualificados quando criados, são de difícil acesso para discussão<sup>748</sup>. A Reclamação opera como mecanismo para fazer chegar o questionamento ao julgado paradigma diretamente ao tribunal que o editou, seja por meio de *distinguishing*, *overruling* ou outra técnica de aplicação de precedentes<sup>749</sup>. E por vezes a Reclamação não é só um meio viável para fomentar a revisão de posicionamentos, mas o único possível para realizar a tarefa com efetividade<sup>750</sup>.

Aliás, entendemos pela ampliação das hipóteses de cabimento. A Reclamação também poderia ser movida nas outras hipóteses do art. 927 do CPC. Isto inclui as súmulas do STJ e STF nas suas respectivas competências, bem como as decisões do Plenário ou Órgão Especial dos Tribunais, entendimento que vem enfrentado resistência nos tribunais superiores<sup>751 e 752</sup>.

---

<sup>748</sup> Uma dificuldade presente para realizar a superação de precedentes está na competência do órgão julgador. No STF, por exemplo, a competência para processar e julgar a Reclamação é da Turma, e não mais do Pleno, como acontecia antes da Emenda Regimental n. 49/14. Sendo da Turma a competência, pelo menos algumas matérias terão sua possibilidade de superação obstadas, porque não é possível permitir a superação de um precedente proferido pelo Pleno por decisão da Turma. E nas ações em que se discute a constitucionalidade de leis, ainda há que se observar a reserva de plenário (art. 97, CF), que impõe quórum qualificado para a questão da inconstitucionalidade, mesmo para seu reexame – conforme artigos 11 e 22 do RISTF. Significa dizer que “a força normativa de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, em Habeas Corpus, ADPF ou Reclamação, tem relação direta com o órgão julgador, quórum de julgamento e a observância do contraditório especial que qualifica o controle de constitucionalidade concentrado” QUINTAS, Fábio Lima; CESAR FILHO, Alcebíades Galvão. A Reclamação constitucional como veículo de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba**, v. 10, n. 19, jul-dez, 2018. p. 517. Na sistemática de criação dos precedentes qualificados, especialmente os que exsurgem do STF (eficácia erga omnes e efeito vinculante), há um amplo debate sobre a matéria, um contraditório qualificado por assim dizer. Pensamos que a superação do precedente deve ser submetida ao mesmo crivo. Muito embora alguns desses precedentes já exigem quórum específico para o seu estabelecimento – caso da súmula vinculante que exige voto de 2/3 dos membros, por exemplo –, outros que não possuem regra específica de criação devem ser submetidos, pelo menos, a amplo debate e decisão do tribunal que os editou.

<sup>749</sup> AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação Constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 173.

<sup>750</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 921.

<sup>751</sup> “Não cabe reclamação para questionar violação a súmula do STF sem efeito vinculante e a dispositivos constitucionais que, aliás, são estranhos à fundamentação da decisão agravada e à própria reclamação”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Reclamação n. 10.900/SP**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJE 24.09.2014.

<sup>752</sup> “A Reclamação dirigida ao STJ não se presta a proteger o jurisdicionado de decisões judiciais que não tenham seguido o posicionamento majoritário da jurisprudência desta Corte ou tese posta em enunciado de súmula deste Tribunal. Tal entendimento deflui do fato de que o único inciso do art. 988 do CPC/2015 que faz alusão ao

Nesses casos é preciso que se faça uma leitura conformativa dos dispositivos que tratam da Reclamação e dos precedentes qualificados no CPC. Por exemplo, para garantir a competência do tribunal e garantir a autoridade de seus julgados, cabe Reclamação diretamente ao órgão que teve sua competência usurpada ou decisão desrespeitada. Para defender má-aplicação de decisões em controle concentrado e súmulas vinculantes, também pode ser usada a Reclamação como via direta ao tribunal editor da decisão (STF). Nos casos do IRDR e IAC o princípio é o mesmo, mas limitado aos tribunais de passagem. Na questão do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e de recursos especial e extraordinário repetitivos, deve ser operada ofensa ao julgado e também o esgotamento das instâncias ordinárias.

No que toca às súmulas do STF e STJ na matéria de suas competências e decisões do órgão especial ou plenário dos tribunais, o art. 988 não fez ressalva. Ou seja, numa interpretação sistemática, e sabendo serem as modalidades dos incisos IV e V do art. 927 do CPC precedentes qualificados e, portanto, vinculantes, seria franqueada a Reclamação diretamente ao tribunal editor da súmula ou decisão para aplicar, distinguir ou superar o precedente.

Da mesma forma ocorre com o art. 927 do CPC quando não prevê em seu rol o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e de recursos especial e extraordinário repetitivos. Sistematizando o raciocínio, chega-se à conclusão que essas figuras são comandos vinculantes, porque também reconhecidas pelo art. 988, §5º, II, do CPC<sup>753</sup>.

Não sem razão o Código fez constar as súmulas simples e as decisões do plenário e órgão especial como precedentes vinculantes. Não faz sentido entender essas modalidades

---

cabimento de Reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula é o inciso III que restringe a proteção da Reclamação à ofensa às súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Precedentes”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **Agravo Regimental na Reclamação n. 37.232/RJ**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 15.03.2019.

<sup>753</sup> Lucas Buriel de Macêdo, embora discorde do uso ampliado da Reclamação, reconhece sua possibilidade de uso nessas hipóteses: “Muito embora o texto do art. 988, §5º, II, apenas mencione seu cabimento utilizando como paradigma o julgamento do recurso extraordinário onde houve reconhecimento da repercussão geral e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, é bastante plausível construção doutrinária, nos moldes do defendidos por alguns atualmente, e jurisprudencial do seu cabimento com base em precedente do Plenário ou da Seção Especializada do STJ, sobretudo diante da atribuição de força obrigatória a esses precedentes a partir do CPC, bem como dos precedentes obrigatórios dos tribunais locais (art. 927, V, combinado com o art. 988, § 1º). MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 595-596.

como persuasivas. Fosse assim, o legislador certamente teria optado por não fazer constar esses comandos no rol do art. 927.

Ainda, a elaboração de súmulas pelos tribunais é a consagração de um entendimento pacificado. Se o Tribunal Superior decide sumular a matéria, é porque a discussão encontrou ponto comum. E se há comunhão de entendimento, a súmula que o retrata ganha efeito vinculante e pode ser alvo de Reclamação.

Assim também ocorre quando as decisões são tomadas pelo órgão máximo da hierarquia do tribunal – Plenário ou Órgão Especial<sup>754</sup>. Essas decisões ganham caráter definitivo em relação aos tribunais que as emanou. O legislador optou por inserir essas decisões específicas como vinculantes, pelo que faz sentido admitir o uso da Reclamação para controlar sua aplicação ou mesmo possibilitar a superação de entendimento.

Ciente estamos que este entendimento passa antes por uma adequação de política judiciária. É de se supor que o volume de Reclamação aos tribunais aumentaria sensivelmente, o que produz uma jurisprudência defensiva sobre a matéria. Há que se aguardar a evolução da jurisprudência para saber de que forma os tribunais encararão a Reclamação nessas hipóteses.

Pensamos que a importância da Reclamação tende a aumentar à medida que se fortalecem os precedentes qualificados impostos pelo CPC. Se entendemos que a Reclamação é um instrumento hábil e capaz de motivar a boa aplicação e até mesmo a revisão de precedentes, havendo incremento de decisões dessa matiz, haverá, por consequência, o aumento de Reclamações<sup>755</sup>.

---

<sup>754</sup> Mais especialmente ao plenário do STF, estamos cientes da Emenda Regimental n. 49/2014 que deslocou a competência das Reclamações do Plenário para as Turmas. Necessariamente, para a superação de entendimento firmado pelo Plenário, e para ser coerente com a ideia de que somente o órgão que editou o precedente pode superá-lo, o relator da Reclamação na Turma deve tomar o cuidado de afetar o processo ao órgão de cúpula, garantindo assim o mesmo nível de debates que o precedente foi submetido.

<sup>755</sup> “É um argumento imprudente (e simplista) o volume de reclamações nos tribunais, no objetivo de tolher as hipóteses de cabimento e diminuí-las. A reclamação serve exatamente para impor a observância dos precedentes, ou seja, garantir tratamento isonômico e segurança jurídica aos jurisdicionados. É um remédio que permite aos jurisdicionados pleitear um julgamento igualitário pelo Poder Judiciário. Caso haja alguma resistência aos precedentes obrigatórios, é essencial a reclamação, e não importa que essa resistência perdure indefinidamente; pois, o que realmente convém é haver um instrumento para ultrapassar a resistência e impor a observância acertada do precedente, garantindo, ao fim, a segurança jurídica e isonomia na entrega da tutela jurisdicional”. AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação Constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 89.

Mais que isso, pela compreensão da Reclamação como instrumento de controle da aplicação de precedentes passa o próprio sucesso desse sistema implantado pelo CPC. Não seria temerário afirmar que a opção do código em eleger uma ação capaz de questionar a aplicação dos precedentes qualificados de forma célere é uma segurança adicional ao funcionamento dos precedentes qualificados<sup>756</sup>. Caso não fosse conferida à Reclamação este papel, não apostaríamos no sucesso de um sistema baseado em provimentos vinculantes – embora ainda seja cedo para falar em fracasso ou sucesso.

Ficamos com o entendimento de que “a reclamação é um importante mecanismo para provocar a superação de precedentes, permitindo que, no âmbito da alegação de violação de um determinado entendimento jurisprudencial, ele possa vir a ser revisto”<sup>757</sup>.

Não somos indiferentes às críticas de que o melhor caminho para fazer valer ou reforçar um provimento vinculante são as vias recursais. É coerente imaginar que quanto mais vezes uma decisão vinculante for aplicada e interpretada no percurso do judiciário, respeitando os graus de jurisdição, mais forte será o seu conteúdo. Mas, no sistema brasileiro, se optou também pela Reclamação, que tem a condição de acesso direto às cortes Superiores e tribunais, sem prejuízo das vias ordinárias.

Temos, portanto, que o uso da Reclamação é ponto imprescindível para a atualização dos precedentes qualificados diante das transformações sociais. Além disso, funciona como via de superação de precedentes, na medida em que permite o confronto dos casos e nova interpretação sobre o julgado aplicado. É a Reclamação um verdadeiro mecanismo de oxigenação da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

---

<sup>756</sup> “Talvez receoso de que o direito jurisprudencial vinculante do CPC não fosse ser aceito tão facilmente pelo Poder Judiciário, o legislador vislumbrou, na Reclamação, a oportunidade de forçar a eficácia obrigatória de alguns pronunciamentos judiciais”. ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 918.

<sup>757</sup> PEIXOTO, Ravi. A Reclamação como remédio jurídico processual para a superação de precedentes. in: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix. **Precedentes Judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 143-144.

## CONCLUSÃO

Este trabalho se propôs a verificar se a Reclamação é mecanismo adequado para promover a superação dos precedentes qualificados do art. 927 do Código de Processo Civil. Para tanto, utilizando do método hipotético-dedutivo, testamos a Reclamação como meio processual adequado para promover a oxigenação dos precedentes qualificados.

Para que fosse possível chegar a um resultado de pesquisa satisfatório, estruturamos nosso estudo em três capítulos com objetivos bem definidos.

O primeiro capítulo buscou investigar se o regime de precedentes, trazido pelo Código de Processo Civil, de alguma forma se assemelha aos precedentes do *common law* e quais as preferíveis técnicas para melhor trabalhar com os precedentes, levando em conta a realidade brasileira.

No segundo capítulo tratamos especificamente dos precedentes qualificados e seus tipos decisórios, as hipóteses de superação e distinção, buscando compreender de que forma poderia ser possível realizar sua superação.

O capítulo terceiro tratou sobre o uso da Reclamação como instrumento capaz de promover a reanálise da decisão precedente com o caso atual. Realizamos uma pesquisa histórica e sobre a natureza jurídica da Reclamação, sua construção pretoriana e sua evolução legislativa e interpretativa feita pelos tribunais.

Sobre a temática do primeiro Capítulo, o estudo nos permitiu concluir que o sistema de precedentes adotado pelo CPC é inédito e não encontra paralelo em outras legislações.

Não tivemos a intenção de propriamente comparar os modelos do *civil law* e do *common law*, mas destacar suas divergências e convergências. Constatamos que há uma aproximação cada vez maior entre os sistemas, quer pelo aumento de produção legislativa pelo modelo anglo-saxão, quer pelo reforço de decisões por precedentes no modelo romano-germânico.

O papel dos juízes nos distintos sistemas pôde ser visto com profundidade. O precedente no modelo do *common law* é fonte primeira do direito, o que permite dizer que o juiz, ao decidir com base no precedente, também pode criar o direito. No *civil law*, a

legislação busca trazer completude ao sistema, deixando mais reduzido o espaço do magistrado na produção do direito, pelo que os precedentes assumem papel de fonte secundária.

Sobre os principais pontos para se trabalhar com precedentes, concluímos que os precedentes inseridos pelo art. 927 do CPC não são iguais aos genuínos precedentes do sistema do *common law*. Em nosso modelo, a decisão já nasce precedente por força da lei, é ela quem diz qual decisão terá força vinculante. Portanto, no Brasil, o precedente deve respeito estrito à lei, não podendo contrariá-la. No *common law*, uma decisão não nasce precedente. É o teste histórico ao longo do tempo, na prevalência da norma do precedente frente a novos casos concretos, que se desenha os parâmetros e limites do precedente.

Nada impede, no entanto, que nos utilizemos do rico material do *common law* para guiar o intérprete na aplicação dos precedentes no Brasil. E para que a aplicação dos precedentes ocorra de maneira acertada, buscamos compreender o significado do *stare decisis*, *ratio decidendi* e *obiter dicta*, conceitos fundamentais para se trabalhar com precedentes.

Foi desmistificada a ideia de que o *stare decisis* é essencial para a subsistência de um sistema de precedentes. *Stare decisis et non quieta movere* (respeitar o que foi decidido ou não mexer no que está estabelecido) foi uma regra adota pelo *common law* para reforçar a obrigatoriedade e vinculação dos precedentes judiciais. Todavia, o sistema baseado em decisões por precedentes existiu por séculos sem o *stare decisis*. Somente a partir do século XIX que a doutrina do *stare decisis* foi incorporada ao sistema do *common law*.

Há que se reconhecer traços do *stare decisis* nas decisões vinculantes da legislação brasileira. Entretanto, o sistema de precedentes brasileiro também prescinde da figura do *stare decisis* tal qual adotada no *common law*. Somente o trato dos precedentes no tempo e sua análise e aplicação pelos tribunais dirão se caminharemos para um sistema rígido na sua aplicação.

A adoção da teoria dos motivos determinantes no § 4º do art. 988 do CPC trouxe um novo olhar para as decisões vinculantes. Não é mais só o dispositivo que tem o poder de vincular as partes, especialmente as que não integraram a lide. Os motivos que determinaram

a tomada de decisão também têm a condição de vincular. E aí surge a necessidade de compreender os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dicta*.

Não há uma fórmula correta para determinar o que são argumentos relevantes ou laterais para a tomada de decisão. *Ratio decidendi* é a fundamentação principal e determinante que motivou a decisão, enquanto o *obiter dictum* são os argumentos, que embora necessários para a construção do raciocínio, não são essenciais para o *decisum*.

Sobre o conceito de precedentes, tivemos a compreensão de que o genuíno precedente do *common law* não nasce de uma simples decisão. Ele é formado historicamente e testado frente a novos casos para que possa receber a condição de precedente. No sistema brasileiro, a legislação elegeu determinadas decisões como vinculantes. É como se o legislador olhasse para o sistema brasileiro e procurasse apontar, como medida de celeridade e racionalidade, comandos decisórios para vincular a tomada de decisões dos órgãos judiciários inferiores.

No tocante à aplicação dos precedentes, entendemos que não pode ser mecanizada. O precedente é criador de complexidade e deve ser analisado de acordo com cada caso concreto.

Os precedentes contemplados no art. 927 do CPC não podem receber a estampa dos precedentes do *common law*. Analisando um a um os provimentos vinculantes do mencionado preceptivo legal, não é possível compará-los ao precedente do sistema americano ou inglês, por exemplo. Podemos adotar as técnicas de aplicação do modelo anglo-saxão, para os casos futuros, mas não é possível assemelhar os modelos. Portanto, no que toca aos precedentes brasileiros, o CPC imprimiu feição própria para sua criação e sua aplicação.

Os precedentes assumiram papel de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, estando dispostos em vários dispositivos do código. É possível dizer que eles atuam como norte na condução do juiz no processo judicial.

A eficácia das decisões judiciais foi substancialmente modificada com a inclusão do art. 926 e 927 do CPC. Ainda permanecem como eficácia persuasiva as decisões dos juízes singulares e acórdãos dos tribunais em geral, mas as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes, decisões em incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, súmulas do STF e STJ nas suas respectivas

competências e decisões do órgão especial ou pleno dos tribunais de justiça, passaram a ter eficácia vinculante.

O Código de Processo Civil tratou precedentes como termo genérico e diferenciou esses provimentos vinculantes no art. 927. Então, para que a decisão cumpra o papel de precedente frente à legislação, ela deve apresentar uma característica formal (decorrer da lei) e substancial (característica que será reconhecida pelos julgamentos futuros, na definição da *ratio decidendi*).

Temos também que o rol do art. 927 do CPC não é taxativo ao prever todos os tipos de precedentes a serem utilizados pelos tribunais, a exemplo do que ocorrer com as decisões em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e recursos especial e extraordinários repetitivos (§ 5º do art. 988).

Tratando dos precedentes em espécie, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade não foram uma novidade na questão vinculativa. Esta previsão já decorre da Constituição, que confere eficácia vinculante e efeito *erga omnes* ao tipo decisório.

As discussões neste caso giram em torno se o STF estaria vinculando às suas próprias decisões, o que não concordamos – à exceção da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei, porque retira o texto do ordenamento jurídico. Igual ponto polêmico é a opção pela equiparação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Entendemos que os modelos cada vez mais se equiparam, mas que a declaração de inconstitucionalidade feita no controle difuso, mesmo que com efeito *erga omnes* e vinculante, não tem o poder de retirar do mundo jurídico a lei declarada inconstitucional. Este trabalho ainda compete ao Senado Federal, não sendo possível falar em mutação constitucional do art. 52, X, da CF.

Além disso, defendemos que a adoção da teoria dos motivos determinantes, já utilizada pelo STF em situações anteriores, mas que hoje não mais prevalece, seria um passo fundamental ao desenvolvimento dos precedentes.

Sobre as súmulas vinculantes, esta também tem aplicação vinculante garantida pelo texto constitucional. As súmulas são a consagração de um entendimento dominante no STF e

devem ser aprovadas por 2/3 de seus membros. São, portanto, basicamente extratos da jurisprudência do tribunal.

O que caracteriza as súmulas são seus enunciados gerais e abstratos. Este ponto as difere sensivelmente dos precedentes, que são estabelecidos em normas concretas. Temos severas críticas ao uso das súmulas como comandos gerais e acabados, que não permitem a interpretação na sua aplicação.

Está claro para nós que a súmula não tem o poder de prever os acontecimentos e não pode pretender aprisionar o futuro. Súmulas são textos que necessitam ser interpretadas, buscando estabelecer seu alcance e funcionalidade. Não somos contra a súmula em si, mas defendemos que sua aplicação não pode ser mecânica.

Ao incidente de assunção de competência também foi conferido força vinculante. O IAC trata dos assuntos relevantes do ponto de vista do direito e com repercussão social de forma preventiva, para que se evitem a proliferação de processos no tribunal sobre a matéria controversa. Via de regra ele pode ser instaurado em qualquer tribunal sua decisão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários no raio de competência do tribunal.

O incidente de resolução de demandas repetitivas age em outro viés, mais especialmente no combate à litigiosidade de massa. A decisão tomada em IRDR tem efeito vinculante e pode ser replicada a uma multiplicidade de casos concretos, no âmbito de competência do tribunal local. Inclusive, a repetição do caso em inúmeros processos é condição indispensável do procedimento.

Entendemos que a melhor forma de se analisar o IRDR é por um procedimento modelo, onde os julgadores deliberam sobre a formação da tese jurídica a ser aplicada a processos semelhantes e questões comuns. Pelos juízes singulares, além de aplicarem a tese, serão resolvidas as questões de mérito. Pensamos que faltou ao legislador permitir que se trabalhasse não só com a tese, mas também com os motivos que a determinaram. Desta forma seria possível maximizar o raio de aplicação da tese jurídica não só para processos idênticos.

No âmbito de competência dos tribunais dos estados e federais, as decisões tomadas pelos seus órgãos de cúpula devem ser respeitadas como vinculantes pelo próprio tribunal que as emanou e também pelos juízes de hierarquia inferior. O CPC não fez distinção de graus de

vinculatividade dos comandos decisórios do art. 927, pelo que entendemos serem todos de eficácia vinculante, somente havendo distinção quanto à territorialidade.

Igualmente são de eficácia vinculante as decisões em recurso extraordinários com repercussão geral reconhecida e recurso especial e extraordinário repetitivo, pela redação do § 5º do art. 988 do CPC.

Procuramos diferenciar também precedente de jurisprudência. Embora esses termos no Brasil sejam usados como sinônimos, não se assemelham. Jurisprudência é plurívoca e reflete um conjunto de decisões sobre o mesmo tema; precedente é singular, decisão única e particular. Por isso, aplicar precedentes não é o mesmo que aplicar jurisprudência. Quando falamos em aplicar precedentes, eles não são peça de argumentação para a decisão, são a própria razão de decidir.

A doutrina tem entendimentos variados quanto ao grau de vinculatividade dos precedentes brasileiros. Pensamos que classificar as decisões com força vinculante fraca, média ou forte seja uma maneira pouco proveitosa. Preferimos entender a força vinculante de cada precedente ligado ao recurso que o código dispôs para o caso de seu descumprimento.

Evidente que entendemos a jurisprudência como de eficácia persuasiva, por exemplo. Mas os comandos decisórios do art. 927 do CPC não foram diferenciados no seu grau de vinculatividade. Somente houve distinção quanto ao uso do remédio jurídico para questionar o descumprimento. O mais célere é a Reclamação. Isso não quer dizer que a Reclamação classifica o precedente, pois este subsiste por previsão legal.

Ainda falando sobre a eficácia vinculante, pesquisamos sobre a possível inconstitucionalidade dos dispositivos do art. 927 do CPC. Isto porque existem argumentos de que decisões vinculantes somente podem ser estabelecidas pela Constituição. O Código, ao optar por incluir comandos vinculantes que não as decisões em controle concentrado e súmulas vinculantes, incorreu em inconstitucionalidade.

Não vemos a questão por este norte. Pensamos que o CPC simplesmente elegeu decisões vinculantes como forma de racionalizar o sistema. Tal qual nosso sistema processual, os precedentes foram instituídos por lei e vinculam somente o Judiciário. Além do que

pensamos que eventuais ofensas ao princípio da isonomia, retratado por decisões diferentes para casos semelhantes, seja mais grave do que os vícios de constitucionalidade defendidos.

Voltando à aplicação de precedentes, os artigos 926 e 928 do CPC não deixam assente as formas de aplicação e superação. É preciso que se faça uma leitura conjugada com o art. 489, § 1º, V e IV para se extrair os conceitos de *ratio decidendi*, *distinguishing* e *overruling*.

Entendemos que seguir precedentes é regra. Mas os precedentes não podem representar o engessamento do direito, devendo haver mecanismos de distinção e superação que permitam o sistema respirar.

Distinguir é a forma mais usual de tratar com precedentes. Normalmente distinguimos tanto dentro do precedente quando fora, comparando-o com um caso concreto. Essa distinção pode ser realizada tanto pelo tribunal que editou o precedente, quanto pelos juízos inferiores. A distinção não revoga o precedente.

O processo de distinguir auxilia na delimitação dos contornos do precedente. No exercício de comparação e diferenciação é possível expandir ou comprimir os limites da decisão.

Todavia, o *distinguishing* não é meio para o juiz rivalizar com o tribunal. A distinção não pode ser realizada sem fundamentação, nem para atender ao juízo pessoal do intérprete. Até porque o desarrazoado uso da distinção pode enfraquecer o domínio do precedente (*excessive distinguishing*).

A superação, por outro lado, é a mudança de interpretação que se passou a dar ao precedente, importante em sua revogação. Diferente do *distinguishing*, o *overruling* somente pode ser realizado pelo tribunal que editou o precedente.

Permite-se a superação do precedente quando este não está mais em consonância com os fatos e a realidade social. Mas a superação do precedente não se dá sem justificação. Nessas hipóteses, o intérprete está duplamente onerado, porque além de fundamentar a superação, deve justificar que o novo entendimento melhor se adapta à realidade social.

Existem outras formas de se promover o câmbio interpretativo de precedentes. Não falamos sobre todas no estudo. Tratamos da *transformation*, que busca dar uma nova

roupagem ao precedente, mas na prática deve ser evitada, porque realiza uma superação escamoteada. Falamos também do *overriding*, uma técnica de redefinição do precedente, geralmente utilizada para limitar seu alcance. Ainda noticiamos o *signaling*, consistente no aviso que o precedente poderá ser brevemente alterado.

Analisamos também o *anticipatory overruling*, uma modalidade de superação antecipada de precedente. Esta técnica permite que os Tribunais Inferiores deixem de aplicar o precedente quando as Cortes Superiores dão sinais de que não mais o seguirão.

Isto pode ocorrer por uma série de indicativos, como a mudança de membros do colegiado, algum novo fato social ou legislação que permitam justificar uma mudança no entendimento. É imprescindível, no entanto, que, para a aplicação do *anticipatory overruling*, esteja fielmente categorizada a possibilidade de superação ou revogação do precedente.

Como *prospective overruling*, encerramos as análises sobre as hipóteses de superação de precedentes. Concluimos que modular decisões que superam precedentes não é o mesmo que modular decisões judiciais.

Quando falamos em efeito prospectivo da decisão, estamos tratando da possibilidade de concessão de efeito *ex nunc* para o novo posicionamento. Ou seja, os efeitos da decisão teriam validade para o caso concreto e para os futuros.

Entendemos por justificada a aplicação da modulação dos efeitos em casos envolvendo a revogação ou superação de precedentes pelos tribunais. A decisão que modula efeitos deve ser garantida por decisão fundamentada e apontar os riscos e prejuízos que o efeito retroativo (regra) causaria nos casos a espera de julgamento.

O último Capítulo nos permitiu estudar a Reclamação de forma ampla e aprofundada. Para que fosse possível concluir pelo uso da ação constitucional como instrumento de superação de precedentes, foi necessário bem compreender o instituto que iríamos trabalhar.

Ações e recursos comumente são previsto em lei e depois testados e desenvolvidos nos tribunais, sob a atenta análise da doutrina. O surgimento da Reclamação rompe este padrão. A Reclamação teve origem pretoriana ainda na década de 40, quando foi aceita por meio da teoria dos poderes implícitos.

A Reclamação era um meio utilizado para garantir a autoridade das decisões do Tribunal Superior e preservar sua competência. Se está autorizado ao tribunal decidir, é preciso que haja um instrumento capaz de garantir a eficácia das suas decisões. Nessa esteira nasceu a Reclamação.

A Reclamação surgiu por meio dos tribunais e teve vertiginosa evolução, especialmente sua previsão na Constituição Federal e positivação, com ampliações das hipóteses de uso, no Código de Processo Civil.

O CPC manteve as hipóteses de uso da Reclamação para preservação da competência do tribunal e garantir a autoridade das decisões, aumentando seu raio de cabimento para garantir a observância de decisões em controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes, garantir a observância das decisões em IRDR e IAC, bem como de recurso extraordinários com repercussão geral reconhecida e recursos especial e extraordinário repetitivos.

Analisamos também com cuidado a natureza jurídica da Reclamação. No longo caminho de maturação do instituto, muitas características diferentes lhe foram atribuídas, mas hoje há um consenso que a Reclamação tem natureza jurídica de ação. Mais que isso, assume verdadeira faceta de jurisdição constitucional.

Concluimos que o Código de Processo Civil além de manter as funções primeiras da Reclamação de proteger a competência do tribunal e garantir a autoridade de suas decisões, trouxe outra funcionalidade ao instituto, a de zelar pela correta aplicação dos precedentes qualificados. Além disso, permitiu o uso da Reclamação para qualquer tribunal.

Por conta disso, a Reclamação ganhou a condição de controlar a aplicação das decisões vinculantes. E neste exercício de confronto entre o precedente e o caso concreto que se pretender aplicar ou distinguir, abre-se nova possibilidade de interpretação do precedente.

Muitas vezes, como nos casos do *distinguishing*, a Reclamação pode ser utilizada para expandir ou contrair os limites do precedente. Isto porque o precedente não se aplica somente para casos idênticos. A *ratio decidendi* pode ser expandida, aumentando o raio de incidência do precedente ou mesmo limitada. E é o confronto entre o caso precedente e o caso concreto que permite este exercício.

Também no exercício de análise do precedente, questionando sua aplicação, o tribunal que editou a norma poderá superá-la, garantindo a melhor interpretação para o caso.

O uso da Reclamação é ponto imprescindível para a atualização dos precedentes qualificados diante das transformações sociais. Além disso, funciona como via de superação de precedentes, na medida em que permite o confronto dos casos e nova interpretação sobre o julgado aplicado.

Concluimos, portanto, que a Reclamação é um verdadeiro mecanismo de oxigenação da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, ano 2, v. 2. n. 1, jan./jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

\_\_\_\_\_. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

\_\_\_\_\_; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**, v. 240, fev. 2015.

ALEXANDER, Larry. Constrained by Precedent. **Southern California Law Review**. v. 63:1, 1989.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in The Federal Republic of Germany in: MACCORMICK, Neil D. et al. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997.

AMB. **Quem Somos: A magistratura que queremos**. Disponível em: <[http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf)>. Acesso em: fev. 2019.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Meios de impugnação na superação de recursos repetitivos: um estudo através da Reclamação nº 36.476 do STJ. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Curitiba: OABPR. v.4, n.2, out. 2019.

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. **A correição parcial**. Curitiba: Bushatsky, 1969.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A reclamação constitucional e os precedentes vinculantes: o controle da hierarquização interpretativa no âmbito local. **RePro**. São Paulo, v. 252, fev. 2016.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

\_\_\_\_\_. **STJ acerta ao fixar tese antes de julgar recuso repetitivo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/teresa-arruda-alvim-stj-acerta-fixar-tese-antes-julgar-repetitivo>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

ASHWANDER v. TENNESSE VALLEY AUTHORITY, **297 U.S. 288, 352–3**, 1936. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/297us288>>. Acesso em: agosto 2019.

ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. **O mito da insularidade do *common law* inglês**. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-89-o-mito-da-insularidade-do-common-law-ingles>>. Acesso em: jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Precedentes e fundamentação no NCPC. in: SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de (Coord.). **Novo CPC: Análise doutrinária sobre o direito processual brasileiro**. Campo Grande: Contemplar, 2016. 3.v.

\_\_\_\_\_. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação Constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; BACHA E SILVA, Diogo. Transcendentalização dos precedentes no novo CPC: equívocos acerca do efeito vinculante. in: Dierle Nunes (Coord.), Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.), Fernando Gonzaga Jayme (Coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BAKER, **The Law's Two Bodies: some evidential problems in English Legal History**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

BANKOWSKI, Zenon. Precedent in United Kingdom. in: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 4.v. 1933.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BASTON v. KENTUCKY. **476 US 79**, 1986. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1985/84-6263>>. Acesso em: fev. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECKER, Rodrigo Frantz; PEIXOTO, Marco Aurélio. O incidente e assunção de competência e sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista Conceito Jurídico**, n. 13, jan. 2018.

\_\_\_\_\_. TRIGUEIRO, Victor. **Reclamação Constitucional para superação de precedentes**. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/reclamacao-constitucional-para-superacao-de-precedentes-08122016>> Acesso em: 11 set. 2019.

BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. 5.ed. St Paul Minn: West Publishing, 1979.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the law of England**. Chicago: The University of Chicago Press, 1979. 1.v.

BOWERS vs. HARDWICK, **487 U.S.** 186, 1986. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1985/85-140>>. Acesso em: fev. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 831/DF**. Rel. Min. Amaral Santos, julgado em 11.11.1970.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 434/SP**. Rel. Min. Francisco Rezek, DJe 09.12.1994.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Reclamação n. 19.662/MT**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01.08.2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 831/DF**. Rel. Min. Amaral Santos, DJe 19.02.1971.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 208**. Rel. Min. Oscar Correa, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, j. 19.11.1986, DJE 02.11.1991.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 336/DF**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.03.1991.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 397**. Rel. Min. Celso de Mello, DJE 22.05.1992.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 191.898/RS**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 22.08.1997.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Habeas Corpus n. 78.013/RJ**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 19.03.1999.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 10.793/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 03.06.2011

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 10.793/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 06.06.2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Questão de Ordem na Reclamação n. 385/MA**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 18.06.1993.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Agravo Regimental em Agravo no Recurso Especial n. 811.486/MG**. Rel. Min. C, DJe 01.06.2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Questão de Ordem na Reclamação n. 397/RJ**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 21.05.1993.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Questão de Ordem na ADC n. 1/DF**. Rel. Min. Moreira Alves, DJe 16.06.1995

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 1.575/ES**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 20.09.2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI n. 2.212/CE**. Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 14.11.2003.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **RE 376.852**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 1.662/SP**. Rel. Min. Maurício Correa, DJe 19.09.2003

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 595**, Rel. Min. Sydney Sanches, DJe 23.05.2003.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 1.880/SP**. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJe 19.03.2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 2.256/RN**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.04.2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 1.987/DF**. Rel. Min. Maurício Correa, DJe 21.05.2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 2.323/PR**. Rel. Min. Eros Grau, DJe 20.5.2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo Regimental na Reclamação n. 2.303/RS**. Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 01.04.2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 4.133/RS**. Rel. Min. Ayres Britto, DJe 22.06.2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 4.366/PE**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 22.05.2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 3.916/AP**. Rel. Min. Ayres Britto, DJe 25.08.2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação 1.525/ES**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 03.02.2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo Regimental na Reclamação 3.293**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 13.04.2007

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 4.422/RS**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 24.10.2007

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Reclamação n. 2.207/SP**. Rel. p/ o acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe 07.02.2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial n. 1.084.437/RJ**. Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03.06.2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 7.569/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 10.12.2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Agravo Regimental na ADIN n. 4.071-5/DF**. Rel. Min. Menezes Direito, DJe 16.10.2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 3.805/SP**. Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 20.06.2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **Agravo Regimental na Reclamação n. 37.232/RJ**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 15.03.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n. 571.572/BA**, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 26.11.2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial n. 1.148.444/MG**. Rel. Min. Luiz Fux, DJe 27.04.2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo de Instrumento n. 760.358/SE**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 10.02.2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 11.250/RS**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 01.07.2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. **Recurso Especial n. 1.154.599/SP**. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 12.05.2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n. 567.985/MT**. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 02.10.2013. Recurso ao qual foi negado provimento em 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 4.374/PE**, Rel. Gilmar Mendes, DJe 29.04.2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Agravo Regimental na Reclamação n. 6.880/SP**. Rel. Min. Celso de Mello, DJE 22.02.2013

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo e Recurso Especial n. 540.265/PB. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 08.09.2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 4.335/AC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 21.10.2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Reclamação n. 10.900/SP**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 24.09.2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Agravo Regimental na Reclamação n. 25.215/PB**. Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 11.09.2015.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Agravo Regimental na Reclamação n. 16.512/PA**. Rel. Min. Rosa Weber, DJe 12.04.2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Agravo Regimental em Agravo no Recurso Especial n. 811.486/MG**. Rel. Min. C, DJe 01.06.2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 23.288/SP**. Rel. Min. Rosa Weber, DJe 16.12.2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 23.980/RS**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 29.06.2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Reclamação n. 23.729/RS**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.03.2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **Reclamação n. 32.945/RS**. Rel. Min. Reynaldo Soares da FONSECA, DJe 02.03.2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Incidente de Assunção de Competência no Recurso Especial n. 1.604.412/SC**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 23.02.2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 24.262/RJ**. Rel. Min. Edson Fachin, DJe 31.01.2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Reclamação n. 31.692/PR**. Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28.09.2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 26.100/MG**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01.02.2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 30.010/SP**. Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, DJe 11.09.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 652.469/PA**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 09.02.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Reclamação n. 25.160/SP**. Rel. Min. Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, DJe 02.02.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 29.087/ES**. Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.03.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 23.017/ES**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 25.04.2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Reclamação n. 31.637/PE**. Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 17.12.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 32.532/PB**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 28.11.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 19.501/SP**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 14.03.2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Agravo Interno na Reclamação n. 31.601/MA**. Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 28.02.2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Reclamação n. 34.880/MS**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 16.04.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF n. 548/DF**. Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 05.11.2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração na Reclamação n. 36.498/SP**. Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 29.03.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Petição n. 8.245/AM**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 14.10.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 15.07.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Medida Cautelar na Reclamação n. 35.540/RJ**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 27.06.2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 35.540/RJ**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 13.09.2019

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 35.816/MA**. Rel. Min. Carmén Lúcia, DJe 31.07.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Reclamação n. 31.410/SP**. Rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, DJe 24.06.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 36.679/RJ**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 02.10.2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Reclamação n. 36.547/SP**. Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18.06.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **Reclamação n. 35.382/SP**. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.06.2019, DJE 19.06.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 32.966/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01.02.2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Agravo Interno no Recurso em Mando de Segurança n. 56.567/SP**. Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 11.06.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 35.362/SP**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 19.06.2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Agravo Interno na Reclamação n. 36.551/SP**. Rel. Min. Raul Araújo, DJe 04.04.2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Reclamação n. 34.880/MS**. Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 23.04.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Reclamação n. 33.137/SC**. Rel. Min. Edson Fachin, DJe 12.06.2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial n. 1.735.097/RS**. Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 10.10.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 30.715/TO**. Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE 10.04.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Reclamação n. 30.787/CE**. Rel. Min. Cármen Lucia, DJe 10.04.2019

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário. **Julgamento de RE**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qtmPag-fBd4>>. Acesso em: agos. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 33.604/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.05.2019, DJE 12.06.2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Reclamação n. 37.168/RJ**. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 02.09.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 31.692/PR**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 06.09.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental na Reclamação n. 30.104/GO**. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.05.2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Reclamação n. 36.476/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação n. 11.408/RS**, Rel. Ricardo Lewandowski. Julgamento ainda não concluído.

BROX, Hans. **Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht**. in: Festschrift für Willi Geiger. Tübingen, 1974.

BRYDE, Brun-Otto. **Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. Baden-Baden, 1982.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. in: DIDIER, Fredie et. al. (Coord.). **Precedentes judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Editora Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. Comentário ao art. 986. in: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Gen-Jurídico, 2015.

CAENEGEM, R. C. Van. **Judges, legislators, and professor: chapters in European legal history**. Cambridge University Press, 1992.

CALAMANDREI, Piero. **La casacion civil: bosquejo general del instituto**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfico Argentina, 1945.

CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. Súmula da jurisprudência dominante, separação e modulação de efeitos no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, vol. 264. fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Novo CPC Reformado permite superação de decisões vinculantes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuísmos judiciais e precedentes judiciais. **Revista de Processo**, vol. 248, 2015.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, vol. 786, abr. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Vol. 6. Capítulo 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 20. Out. 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Questão de fato – questão-de-direito: ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma exposição crítica**. Coimbra: Almedina, 1967.

\_\_\_\_\_. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra, 1983.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. **O protagonismo do Supremo no processo de impeachment de presidentes**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2016-jun-05/constituicao-protagonismo-stf-processo-impeachment-presidentes#\\_ftnref2](https://www.conjur.com.br/2016-jun-05/constituicao-protagonismo-stf-processo-impeachment-presidentes#_ftnref2)>. Acesso em: agos. 2019.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A reclamação no CPC – fim das limitações impostas pelos tribunais superiores ao cabimento? **RePro**. São Paulo, v.244, jun. 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, vol. 193, mar. 2011.

\_\_\_\_\_. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 947. in: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Gen-Jurídico, 2015.

CRAMER, Ronaldo. A súmula e o sistema de precedentes no novo CPC. in: NUNES, Dierle, CASTRO, Aluisio Gonçalves de, JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- \_\_\_\_\_. **Precedentes Judiciais. Teoria e Dinâmica.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law.** Oxford: Clarendon Press, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Precedent in English law.** 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.
- DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro. **Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- DANTAS, Bruno. Comentários ao art. 976. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- \_\_\_\_\_. Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. **Revista de Informação Legislativa,** v. 45, jul./set. 2008.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DELLORE, Luiz. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015.** São Paulo: Método, 2017.
- DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil.** Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIEDER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil.** 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 2 v.
- \_\_\_\_\_. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2.v.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. t.II.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010
- \_\_\_\_\_. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EDMONS v. LEESVILLE CONCRETE COMPANY, **500 U.S. 614**, 1991. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1990/89-7743>>. Acesso em: fev. 2019.

EISENBER, Melvin. **The nature of the Common Law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1988.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. A sentença em perspectiva comparada: estilos norte-americano, francês e italiano em confronto. **Revista de Processo**. vol. 235. set. 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1993.

FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica: a busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 42, n. 265, p. 419-440, mar. 2017.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. in: NUNES, Dierle, CASTRO, Aluisio Gonçalves de, JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. in: CÂMARA, Helder Moroni (coord). **Código de Processo Civil Comentado**. Lisboa: Almedina, 2016.

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método I**. 6.ed. Petrópolis: Vozes, 1997. 578 p.

\_\_\_\_\_. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

GARNER, Bryan A. **The Law of Judicial Precedent**. St. Paul, Minn. USA: Thomson Reuters, 2016. 910 p.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford: University Press, 2008.

GHIRARDI, Olsen A. **Common Law & Civil Law**. Córdoba: Advocatus, 2007.

GOODHART, Arthur L. **Essays in jurisprudence and the common law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1931.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER vs. CONNECTICUT, **381 U.S.** 479, 1965. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1964/496>>. Acesso em: fev. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

\_\_\_\_\_. A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais. **Revista Jurídica Consulex**, ano 6, n. 127, abr. 2002.

HÄBERLE, Peter. **El recurso de amparo en el sistema germano-federal**. in: Belaúnde, García; Segado, Fernández (orgs.). *La Jurisdicción Constitucional en Ibero America*. Madrid: Editorial Dykinson, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista: pensamento político**. 2.ed. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2005.

HARRISON, John. The Power of Congress over the Rules of Precedent. **Duke Law Journal**, v.50, 2000.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Campinas: Editora da Unicamp. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

HOMES, Oliver Wendell Jr. **The Path Of The Law**. The floating press, 2009.

HOGUE, Arthur R. **Origins of the common law**. Liberty Fund, 2010.

J. E. B. v. ALABAMA, **511 U.S.** 127. 1994. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1993/92-1239>>. Acesso em: fev. 2019.

JOBIM, Marcos Félix; OLIVEIRA JR. Zulmar Duarte de. 2019. No prelo.

\_\_\_\_\_. Ultrapassando o precedente: anticipatory overruling. **Revista de Processo**, v. 285, nov. 2015.

KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals. **Fordham Law Review**, v. 51, issue 1, 1982.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5.ed. São Paulo: Calouste Gulbenkian, parte II, cap. III, 1996.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**. n. 145, jul./set. 1981.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1988.

LLEWELLYN, Karl N. **Case Law**. Encyclopedia of Social Sciences. New York: Macmillan Co., 1930, v. 3.

\_\_\_\_\_. **The common law tradition**. Boston: Little, Brown and Company, 1960.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos- introdução aos sistemas europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAWRENCE vs. TEXAS, **539 U.S.** 558, 2003. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2002/02-102>>. Acesso em: fev. 2019.

LOUISVILLE, CINCINNATI AND CHARLESTON RR v. LETSO, **43 U.S.** 497 1844. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/43/497/>> Acesso em agosto de 2019.

MACCORMICK, D. Neil. SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997.

\_\_\_\_\_. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. Why cases have rationes and what these are. in: Laurence Goldstein (Org.). **Precedent in Law**, Oxford: Clarendon Press, 1987.

\_\_\_\_\_. **Can stare decisis be abolished?** Judicial Review, 1966.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

\_\_\_\_\_. Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes. in: **Precedentes** (Coordenação Fredie Didier). Salvador: Juspodivm, 2015.

MAJORITY OPINION. “**The Fifth Amendment requires that law enforcement officials advise suspects of their right to remain silent and to obtain an attorney during interrogations while in police custody**”. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1965/759>>. Acesso em: agosto 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. in: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. **Precedentes Obrigatórios**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral do Recurso Extraordinário**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, n. 49, p. 11-58, 2009.

\_\_\_\_\_. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 2.v.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual penal**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 1997. v.3.

\_\_\_\_\_. A correição parcial. **Revista Jurídica**, São Paulo. vol.4, n. 19, jan./fev. 1956

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. in: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da jurisprudência na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

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

\_\_\_\_\_. **Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. O papel do Senado no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

\_\_\_\_\_. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. A reclamação constitucional no STF. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, p. 94–111, jun. 2009.

\_\_\_\_\_. O uso da reclamação para atualizar jurisprudência firmada em controle abstrato. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 6, vol. 1, mai. 2013.

MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition**. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 5.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

\_\_\_\_\_. Por uma reforma da justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **RePro 199**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MICHIGAN v. BAY MILLS INDIAN COMMUNITY, **572 U. S.** 2014. Disponível em: <<https://www.oyez.org>>. Acesso em: agosto 2019.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de (Barão de Montesquieu). **Do espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra. 2005.

\_\_\_\_\_. Carlos Blanco de. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MÜLLER, Fredrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MUÑOZ, Martín Orozco. **La creación judicial del derecho y el precedente vinculante**. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil Comentado**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. ABBOUD, Georges. Recursos para os tribunais superiores e a Lei 13.256/2016. **RePro**. São Paulo, v. 257, julho 2016.

NEVES, Helena do Passo; MACEDO, Ricardo Fontes. Os precedentes na fundamentação das decisões judiciais. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 17, n. 02, 183-2014, abr./jun. 2018.

OLIPHANT, Herman. **A return to stare decisis**. American Bar Association Journal, 1928, 14.v.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. In NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de, et. al. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2016.

\_\_\_\_\_. et. al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017.

\_\_\_\_\_. **A colegialidade nos tribunais e o novo CPC**. Disponível em: <<https://jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/colegialidade-nos-tribunais-e-o-novo-cpc-27062016>>. Acesso em: fev. 2019.

PACHECO, José da Silva. A Reclamação no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 78, n. 646, p. 19-32, ago. 1989.

PEIXOTO, Ravi. O Sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). **Revista de Processo**. vol. 248, out. 2015.

\_\_\_\_\_. A recepção legislativa e o *stare decisis* – um breve estudo dos desafios rumo ao desenvolvimento de uma teoria de precedentes a partir do CPC/2015. in: SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de (Coord.). **Novo CPC: Análise doutrinária sobre o direito processual brasileiro**. Campo Grande: Contemplar, 3.v. 2016.

\_\_\_\_\_. A Reclamação como remédio jurídico processual para a superação de precedentes. in: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix (Coords.). **Precedentes Judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. **Os precedentes judiciais e a razoável duração do processo: uma análise a partir da teoria do direito da integridade de Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PETERS, Christopher J. Under-the-Table Overruling. **Wayne Law Review**, v. 54, n. 1, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 46 a 153**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 5.

PORTELA, João Filho de Almeida. **O precedente obrigatório e o dilema entre garantias constitucionais e a estandartização do direito**. Salvador: Juspodivm, 2018.

PORTO, Sergio Gilberto. **Sobre o common law, civil law e o precedente judicial**. in: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil – homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

POUND, Roscoe. **What of stare decisis?** New York: Fordham Law Review, v.10, issue 1, article 1, 1941.

QUINTAS, Fábio Lima; CESAR FILHO, Alcebíades Galvão. A Reclamação constitucional como veículo de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, n. 19, jul./dez. 2018.

RADCLIFFE, Cyril (Viscount). **The Lawyer and His Times** (Opening Address at 150th Anniversary of the Harvard Law School, 1967). Not in Feather Beds. Some Collected Papers. London: Hamish Hamilton, 1968.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REHNQUIST, William H. **The Court held that Miranda governs the admissibility of statements made during custodial interrogation in both state and federal courts.**

Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1999/99-5525>>. Acesso em: agosto 2019.

REIS, José Alberto do. **Código de processo civil anotado.** Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

ROE vs. WADE, **410 U.S.** 113, 1973. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1971/70-18>>. Acesso em: fev. 2019.

ROQUE, André Vasconcelos; et. al. **Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015.** São Paulo: Método, 2017.

ROQUE, André, et. al. **Novo CPC anotado e comparado: tudo em um.** 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2015

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** 2.ed. Bauru: Edipro, 2000.

SCHAUER, Frederick. Precedente. in: DIDIER JR., Fredie (org.). **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 3, fev. 1987.

SERENI, Angelo Piero. **The Code Napoleon and the Common Law World.** New Jersey: The Law Book Exchange, 1998.

SOARES, Marco José Porto. **Do incidente de assunção de competência.** Disponível em: <[https://www.academia.edu/28789900/Do\\_Incidente\\_de\\_Assunção\\_de\\_Competência](https://www.academia.edu/28789900/Do_Incidente_de_Assunção_de_Competência)>. Acesso em: jul. 2019.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial à sumula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2007.

STOLLEIS, Michael. Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism. in: YASUMOTO, Morigiwa et al. **Interpretation of the law in the age of enlightenment: From the rule of the king to the rule of the law.** London: Springer, 2011.

STONE, Julius. **Precedent and law.** Sydney: Butterworths, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. ABBOUD, Georges. **O que é isto? – o precedente judicial e as súmulas vinculantes.?** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_; ABOUD, Georges. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?** In: Precedentes (Coordenação Fredie Didier). Salvador: Juspodivm, 2015.

SUMMERS, Robert S. Precedent in United States (New York State). in: MACCORMICK, Neil D.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997.

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). in: **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis** (Coor. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

TARANTO, Caio Márcio Guterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

\_\_\_\_\_. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, n. 199, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. in: MACCORMICK, Neil D. et al. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. in: MACCORMICK, Neil D. et al. **Interpreting Precedents: a comparative study**. New York: Routledge Taylor and Francis Group, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **El precedente en Italia, Páginas sobre justicia civil**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional – Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de doutorado. Universidade de Brasília em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015.

VANDERBILT, Arthur T. **The Reconciliation of Civil Law and the Common Law, in The Code Napoleon and The Common Law Word**. New Jersey: The Law Book Exchange Ltd, 1998.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

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 13.256/2016)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law. *Michigan Law Review*, v. 111:1, 2012.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases – A course of instruction in Reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests**. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *RePro*. São Paulo, v. 100, out./dez. 2000.

\_\_\_\_\_; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisprudencial**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes. in: WAMBIER, Arruda Alvim, Teresa. **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *RePro*, São Paulo, v. 172, jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Precedentes e evolução do direito. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil. Artigo por Artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WARD, Richard. **Walker & Walker's English Legal System**. 8. ed. London: Butterworths, 1998.

WATSON, Alan. **The making of civil law**. 1. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1981.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. **Por detrás da Suprema Corte**. São Paulo: Saraiva, 1985.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992.

ZANETTI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. in: DIDIER, Fredie Jr. et al. (coord.) **Coleção grandes temas do novo CPC – Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 422.

\_\_\_\_\_. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formação das fontes jurisprudenciais. **Cuadernos Jurídicos lus et Tribunalis**, año 1, nº 1, enero-diciembre 2015.

\_\_\_\_\_. **A valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. **Quieta movere: interpretative change in a codified system**. Oxford: Clarendon, 1998.