

LUÍS FELIPE ESPINDOLA GOUVÊA

**PRECEDENTES VINCULANTES E MEIOS DE IMPUGNAÇÃO
NO CPC/15**

Dissertação submetida ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu*, Programa de Mestrado em Direito, área de concentração em Direito, Estado e Sociedade, da Universidade Federal de Santa Catarina, para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira

**Florianópolis
2017**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Espindola Gouvêa, Luís Felipe
Precedentes vinculantes e meios de impugnação no
CPC/15 / Luís Felipe Espindola Gouvêa ; orientador,
Pedro Miranda de Oliveira - SC, 2017.
283 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de
Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis,
2017.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Código de Processo Civil de 2015.
3. Precedentes vinculantes. 4. Meios de impugnação.
I. Miranda de Oliveira, Pedro. II. Universidade
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação
em Direito. III. Título.

LUÍS FELIPE ESPINDOLA GOUVÊA

**PRECEDENTES VINCULANTES E MEIOS DE IMPUGNAÇÃO
NO CPC/15**

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre e aprovada, em sua forma final, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 2017.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior
Coordenador do Curso

Banca examinadora:

Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
Universidade Federal de Santa Catarina
Orientador

Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Ricardo Alexandre da Silva
Universidade Federal do Paraná

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família, especialmente a minha mãe Aldair Marília Espindola Gouvêa e ao meu pai Evaristo Paulo Gouvêa, que antes de mim formou-se Mestre em Direito neste programa de pós graduação, em 1981.

Ao orientador Professor Pedro Miranda de Oliveira por me acompanhar nesta caminhada. Aos distintos membros da banca examinadora Eduardo de Avelar Lamy, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto e Ricardo Alexandre da Silva pelas críticas, apontamentos e perguntas. A Bernardo Wildi Lins, José Guilherme de Bem Gouvêa e Pedro Reschke pela atenta leitura e sugestões. A Camille Figueiredo Vieira e aos meus sócios na advocacia Leandro Antonio Godoy Oliveira, Victor Leduc Machado e novamente Bernardo Wildi Lins pela paciência e apoio incondicionais.

Agradeço também a Ezair Meurer Junior, Lúcia de Bem Gouvêa e Otávio Minatto pelos livros. A Paulo Afonso Malheiros Cabral, Rodrigo Valgas dos Santos e a meu primo Ruy Samuel Espíndola pelo incentivo e conselhos. E por fim, as amizades formadas e fortalecidas nas cadeiras do PPGD/UFSC nas pessoas de Adriana Buchmann, Arthur Dalmarco, Bráulio Cavalcanti Ferreira, Daniel Deggau Bastos, Darilê da Matta, Edson Scolari Filho, Felipe Pante, Leonardo Moraes, Luiza Rodrigues, Marcelo Botelho de Mesquita e Rafael Pujol.

RESUMO

ESPINDOLA GOUVÊA, Luís Felipe. *Precedentes vinculantes e meios de impugnação no CPC/15*. 2017. 283f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

A dissertação é voltada a realizar um diagnóstico do funcionamento das regras pertinentes à vinculação de precedente no CPC/15, com enfoque no estudo da aptidão dos meios de impugnação existentes no sistema processual brasileiro para controlar a aplicação de precedentes vinculantes. São analisadas as regras do CPC/15 pertinentes à vinculação de precedentes (notadamente os artigos 489, §1º, V e VI, 926 e 927) a partir das premissas do que é um “precedente”; da enfática separação entre texto e norma jurídica; e do papel dos tribunais na construção do Direito. É discutido o que constitui o fenômeno da vinculação; o dever do julgador de enfrentar as razões do precedente; a adequada delimitação dessas razões ditas vinculantes; as específicas hipóteses de vinculação do art. 927, do CPC/15; o modo de aplicação das razões vinculantes dos precedentes incluindo diferenciações e superação do entendimento; bem como a eficácia dessas razões jurídicas enquanto catalisadores do resultado final esperado do processo. Na última parte do trabalho são identificadas as hipóteses de má aplicação das razões do precedente para resolver questão jurídica em um caso concreto e de quais instrumentos processuais a parte pode dispor para garantir a reversão de uma decisão que inadequadamente aplique ou inaplique precedente vinculante. Os meios de impugnação específicos que possuem características especialmente relevantes para o controle da aplicação de precedentes analisados são: a reclamação constitucional, a ação rescisória, e, por fim, o recurso especial em paralelo ao recurso extraordinário como instrumentos de controle da aplicação de precedentes.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015. Precedentes vinculantes. Reclamação Constitucional. Ação Rescisória. Recurso Especial.

ABSTRACT

ESPINDOLA GOUVÊA, Luís Felipe. *Binding precedents and legal remedies in the Civil Procedure Code of 2015*. 2017. 283f. Dissertation (Master of Laws) - Federal University of Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

The dissertation is aimed at performing a diagnosis of the functioning of the rules related to the precedent binding in Civil Procedure Code of 2015, with a focus on the study of the suitability of the legal remedies in the Brazilian procedural system to control the application of binding precedents. The rules pertaining to the linking of precedents (notably articles 489, §1º, V and VI, 926 and 927, CPC/15) are analyzed from the premises of what is a "precedent"; of the emphatic separation between text and legal norm; and the role of courts in the construction of the law. It is discussed what constitutes the binding phenomenon; the duty of the judge to face the reasons of precedent; the proper delimitation of these so-called binding reasons; the specific hypotheses related to the article 927 of the CPC/15; the way of applying the binding reasons of precedents including distinguishing and overruling; as well as the effectiveness of these legal reasons as a catalyst for the expected final outcome of the process. The last part of the study identifies the hypotheses of misapplication of the reasons of precedent to solve legal question in a concrete case and of which procedural instruments the party can dispose to guarantee the reversal of a decision that improperly applies or does not precede binding precedent. The specific means of impugnation that have characteristics especially relevant to the control of the application of precedents which are analyzed are the "reclamação constitucional", the "ação rescisória", and, finally, the "recurso especial" in parallel to the "recurso extraordinário" as instruments to control the application of precedents.

Keywords: Civil Procedure Code of 2015. Binding precedents. "Reclamação constitucional". "Ação rescisória". "Recurso especial".

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Eficácia vinculante da coisa julgada e do precedente.....	122
Figura 2 - Aplicação de precedente ignorando causa de distinção.....	134
Figura 3 - Ignorar precedente vinculante aplicável sem fundamentação de distinção.....	135

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
1 PRECEDENTES NO CPC/15.....	21
1.1 PREMISSAS CONCEITUAIS	21
1.1.1 O que é um precedente	21
1.1.2 Separação entre texto e norma e a extensão da atividade do intérprete na aplicação do Direito	31
1.1.3 Papel dos tribunais superiores no sistema jurídico brasileiro.....	39
1.2 VINCULAÇÃO FORMAL DE PRECEDENTES NO CPC/15.....	46
1.2.1 Vinculação e persuasão	46
1.2.2 O dever de enfrentar o precedente	51
1.2.3 Os fundamentos determinantes do precedente	60
1.3 ALCANCE DAS HIPÓTESES ESPECÍFICAS DOS INCISOS DO ART. 927 (INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DO ART. 927 E ART. 489, § 1º, V E VI, DO CPC/15).....	74
1.3.1 Decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade	75
1.3.2 Enunciados de súmula vinculante	101
1.3.3 Acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos	106
1.3.4 Enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.....	112
1.3.5 Orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais aos quais os julgadores estiverem vinculados	115
2 UTILIZAÇÃO E INFLUÊNCIA DOS PRECEDENTES NO PROCESSO.....	119
2.1 PARALELO ENTRE COISA JULGADA E PRECEDENTES.....	119
2.2 APLICAÇÃO DE PRECEDENTES E A FORMULAÇÃO DE DISTINÇÕES.....	124

2.3	FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E DISTORÇÕES NO CAMPO DE INFLUÊNCIA DO PRECEDENTE	133
2.3.1	Aplicar precedente ignorando potencial distinção que motivaria solução jurídica diversa	133
2.3.2	Ignorar precedente aplicável para conferir solução jurídica diversa sem respectiva fundamentação	135
2.3.3	Conclusões parciais	137
2.4	A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE	137
2.5	INFLUÊNCIA DOS PRECEDENTES NO CURSO DO PROCESSO (CATALISADOR POSITIVO OU NEGATIVO)	153
2.5.1	Improcedência liminar do pedido (art. 332, CPC/15)	156
2.5.2	Concessão de tutela de evidência (art. 311, II, do CPC/15)	161
2.5.3	Dispensa de remessa necessária (art. 496, § 4º, CPC/15)	164
2.5.4	Julgamento monocrático nos tribunais (art. 932, IV e V, CPC/15)	167
2.5.5	Dispensa de caução em execução provisória (art. 521, IV, CPC/15)	170
2.5.6	Admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários (art. 1.030, CPC/15)	171
2.5.7	Presunção de existência de repercussão geral (art. 1.035, § 3º, CPC/15)	177

3 MEIOS DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICOS PARA APLICAÇÃO E CONTROLE DE PRECEDENTES NO CPC/15..... 181

3.1	VINCULAÇÃO FORMAL E MEIOS DE IMPUGNAÇÃO.....	181
3.2	RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	187
3.2.1	A reclamação conforme o CPC/15	187
3.2.2	Violação ao regime constitucional de distribuição de competências originárias do STF e STJ pela criação das novas hipóteses de cabimento da reclamação constitucional no CPC/15.....	194
3.2.3	Papel da reclamação na aplicação de precedentes....	209
3.3	A AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO A “PADRÃO DECISÓRIO”	215

3.4	UM COMPARATIVO ENTRE A RECLAMAÇÃO E A AÇÃO RESCISÓRIA ENQUANTO INSTRUMENTOS PARA GARANTIR APLICAÇÃO A PRECEDENTE .	229
3.5	O RECURSO ESPECIAL POR VIOLAÇÃO ÀS REGRAS DO SISTEMA DE PRECEDENTES.....	233
3.5.1	Violação aos incisos V e VI do §1º do art. 489 c/c art. 927 do CPC/15.....	233
3.5.1.1	Contrariedade à vinculatividade das razões do precedente.....	236
3.5.1.2	Precedente que deva ser superado.....	239
3.5.1.3	Má aplicação por falsa inclusão no campo de influência do precedente.....	240
3.5.1.4	Má aplicação por falsa exclusão do campo de influência do precedente.....	241
3.5.2	Adequação limitada do recurso especial.....	241
3.5.2.1	O Superior Tribunal de Justiça e precedentes vinculantes de outros tribunais.....	243
3.5.2.2	Restrição à cognição de distinções pelo STJ diante do regime jurídico aplicável ao juízo de admissibilidade do recurso especial.....	248
3.6	RESTRICÇÕES À ANÁLISE DE DISTINÇÕES E O CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO POR USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA AO STF E STJ PARA JULGAREM RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS.....	251
	CONCLUSÃO.....	259
	REFERÊNCIAS.....	265

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por objeto discutir as hipóteses de vinculação a precedentes instituídas pelo CPC/15 (art. 927) e como se relacionam com o dever de fundamentação das decisões judiciais, também explicitado no mesmo Código (art. 489, §1º). A análise aqui empreendida é de Direito Positivo.

As perguntas a serem respondidas são as seguintes: se há direito a que as decisões judiciais sigam precedentes conforme disposto no CPC/15; e de que instrumentos se pode dispor para garantir decisões que adequadamente apliquem as razões desses precedentes.

Para melhor aproveitamento, recomenda-se a leitura da presente pesquisa na ordem como é apresentada. Ainda que os temas abordados tenham também valor de consulta, ideias e padrões de utilização de palavras e expressões são retomados ao longo do texto, de maneira que a compreensão isolada dos tópicos pode ficar aquém do ideal.

A pesquisa é dividida em três partes.

Na primeira parte são abordados os elementos essenciais à compreensão da vinculação de precedentes no CPC/15. No item 1.1 são apresentadas as premissas conceituais do estudo, que servirão de base para todo o restante. Será identificado o que é um “precedente” para os fins pretendidos no trabalho (subitem 1.1.1); abordada a enfática separação entre texto e norma jurídica e a extensão da função do intérprete na construção do Direito (subitem 1.1.2); e discutido o papel dos tribunais nesse quadro (subitem 1.1.3). Já no item 1.2 inicia-se a análise de Direito Positivo, do quanto trazido pelo CPC/15 na matéria e como devem ser compreendidos os artigos 489, §1º, V e VI, 926 e 927, do novo Código de Processo Civil. Passa-se pela compreensão do fenômeno da vinculação (subitem 1.2.1), pela discussão do que consiste o dever do julgador de enfrentar as razões do precedente (subitem 1.2.2), e pela adequada delimitação dessas razões ditas vinculantes (subitem 1.2.3). Por fim, no item 1.3 são exploradas as específicas hipóteses de vinculação a precedentes condensadas no art. 927, do CPC/15. Em cada um dos subitens, a compreensão do dever de seguir precedentes do CPC/15 será comparada ao regime jurídico atribuível às decisões em controle concentrado de constitucionalidade (subitem 1.3.1); à aplicação dos enunciados de súmula vinculante (subitem 1.3.2); acórdãos em julgamentos de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência (subitem 1.3.3); enunciados da súmula do STF e STJ

(subitem 1.3.4) e a orientação do plenário ou órgão especial do tribunal (1.3.5).

Com a segunda parte é estudada a eficácia e modo de aplicação das razões vinculantes dos precedentes no curso do processo. Passa-se por um paralelo entre precedentes vinculantes e a eficácia da coisa julgada material (item 2.1), pelo modo de aplicação de precedentes vinculantes (item 2.2) e importância da fundamentação judicial na consideração de distinções (item 2.3), pelo tempo e modo da superação dos precedentes (2.4) e, por fim, pela eficácia dessas razões jurídicas enquanto catalisadores do resultado final esperado do processo (item 2.5).

Na última parte do trabalho são identificadas as hipóteses de má aplicação das razões do precedente para resolver questão jurídica em um caso concreto e quais instrumentos processuais a parte pode utilizar para garantir a reversão de uma decisão que inadequadamente aplique precedente tido por vinculante. As específicas hipóteses de má aplicação do precedente são discutidas no item 3.1, onde também serão apontados quais instrumentos processuais possuem características especialmente relevantes para o controle da aplicação de precedentes. A reclamação constitucional é discutida no item 3.2 e a ação rescisória no item 3.3. No item 3.4 é elaborado um comparativo entre ambas para, nos itens seguintes (3.5 e 3.6), ser abordado o recurso especial em paralelo ao recurso extraordinário como instrumentos de controle da aplicação de precedentes.

1 PRECEDENTES NO CPC/15

1.1 PREMISSAS CONCEITUAIS

1.1.1 O que é um precedente

No que concerne ao objeto desta pesquisa, um precedente é um evento passado que serve de guia para condutas no tempo presente. Este é o conceito apresentado por Neil Duxbury no seu *The nature and authority of precedent*, e é nesse sentido que o termo será empregado neste estudo. Em Direito, o precedente é quase sempre uma decisão.¹

É a resolução de um caso concreto que serve para influir na resposta a casos posteriores, suficientemente assemelhados, associada ao princípio geral de administração da justiça de que casos iguais podem e devem ser tratados de maneira igual² (*treat like cases alike*).

Da conceituação de Neil Duxbury, extraem-se dois elementos preponderantes que nos auxiliam a compreender a ideia: primeiro, a necessária conexão entre dois eventos no tempo; e, segundo, o *modo* como esse evento precedente serve de guia para o tempo presente.

Considere-se primeiramente a imprescindível anotação do precedente como um evento passado *conectado* a um segundo evento, necessariamente posterior. Isto é dizer que falar em precedente pressupõe um evento *precedido*.

Isso já exclui da categoria de precedente a imensa maioria dos eventos passados que simplesmente se perdem no tempo³, não vindo a ser recuperados para consideração em um momento posterior.

Esta relação de passado/presente não está vinculada ao ponto de vista temporal de quem a descreve, bastando que subsista a relação entre os dois eventos, um anterior (que influencia) e outro, em contrapartida, posterior (que é influenciado). Nada impede que haja a referência a um evento presente ou futuro como “um precedente”. Apenas tem de se ter

¹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.p. 1.

² CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.p. 4.

³ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 1.

em mente que essa menção é apenas hipotética, presume a existência de um novo evento posterior ao primeiro, que a ele se reportará.

Por isso, é inócuo discutir se determinada decisão “surge” como um precedente⁴, pois a própria menção *a essa condição já considera inerentemente a ideia de olhar ao passado*. Algo é um precedente sempre com relação a outro objeto.⁵ Dizer que determinada escolha “será” um precedente, nada mais é do que dizer que, quando esta escolha for tomada, ela poderá servir de apoio para outros casos assemelhados. A condição de ambos os objetos (precedente e precedido) encontrarem-se no futuro – e serem, por isso, ainda hipotéticos – não altera a condição de que o conceito pressupõe o diálogo entre passado e presente, circunstancialmente.

Guardadas as devidas proporções, o tema é assemelhado ao fenômeno das questões prejudiciais, tão caro à doutrina processual brasileira. À questão⁶, que por um imperativo lógico deva ser resolvida antes de outra, dá-se o nome de *questão prévia*, tendo como espécies a questão prejudicial e a questão preliminar.⁷

A anterioridade lógica da resolução da questão prévia provoca – entre esta e a outra – uma relação de subordinação, uma vez que a resolução da questão prévia, ou condiciona o resultado da questão subordinada (questão prévia prejudicial), ou pode impedir a própria análise da questão subordinada (questão prévia preliminar). O exame das questões prévias, portanto, pressupõe a existência de ao menos duas questões, a subordinante e a subordinada.⁸

⁴ Como também sustenta Ronaldo Cramer, em: CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p. 80-81.

⁵ Na língua portuguesa, o verbo “preceder” é definido como “estar adiante de” ou “chegar antes de”. O verbo é transitivo, precisando por isso de uma complementação (objeto) para dar sentido à oração. Quem ou aquilo que precede, precede necessariamente alguém ou alguma coisa (AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da Língua Portuguesa*.vol. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Delta S.A., 1964. p. 3235-3236).

⁶ Questão entendida aqui como “qualquer ponto de fato ou de direito controvertido, de que dependa o pronunciamento judicial” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 432).

⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.p. 44.

⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. p. 440.

Quando se fala da anterioridade lógica como elemento essencial, o que se tem em vista é uma questão prejudicial em face de uma questão prejudicada, pois é com relação a esta que aquela está em situação de antecedência lógica.⁹ Se uma questão apenas pode ser prejudicial com relação à outra prejudicada, da mesma forma um precedente só existe em face de outro caso/evento/condução precedido (ainda que hipotético).

Compreendida a necessária conexão entre um evento passado e outro presente, passa-se ao segundo elemento preponderante para compor o conceito do precedente aqui sustentado. Esse elemento se trata da compreensão do modo pelo qual esse evento passado serve de “guia” para o tempo presente. Em outras palavras, significa “*seguir*” um precedente.

Em primeiro lugar, vem o questionamento: “o que” é seguido quando se diz estar seguindo um precedente? Seguem-se raciocínios, tomados no passado, e aproveitados para o evento presente, porque a situação é suficientemente assemelhada. Por isso, em Direito o precedente é frequentemente associado à resposta dada a determinada questão jurídica,¹⁰ que foi em determinado momento resolvida por uma corte, motivando a seguinte a tomar o mesmo encaminhamento, pois as razões jurídicas são da mesma forma aplicáveis.

No entanto, não se trata apenas de repetir as mesmas respostas a problemas anteriores, pois nem todas as vezes em que é adotada uma conduta compatível com um evento passado se está necessariamente “*seguindo*” precedentes.

Aqui é essencial a distinção formulada por Frederick Schauer¹¹ entre aprender com o passado – que é associado à natural capacidade humana de acumular conhecimento – e seguir o passado – isto sim associado à ideia de precedente.

⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.p. 30-31.

¹⁰ Como define Karl Larenz, “Chama-se precedente as decisões em que a mesma questão de direito, sobre a qual há que decidir de momento, foi já resolvida por um tribunal em outro caso. O que constitui o precedente não é a decisão do caso concreto com força de caso julgado, mas a resposta dada pelo tribunal, na motivação da sentença, a uma questão de direito que se suscita de modo idêntico ou pelo menos comparável no caso a decidir agora” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 495-496).

¹¹ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 2009. p. 38.

Quando se segue o passado, uma decisão compatível com o precedente é tomada *independentemente da crença na correteza das razões desse evento precedente*. Isto é muito diferente de simplesmente olhar para o passado, avaliando erros e acertos, e optar pela mesma decisão apenas porque se entende que ela de fato resolveu a questão de maneira satisfatória.

Frederick Schauer ilustra o ponto com um exemplo cotidiano. Suponha-se que ao cozinhar um ovo por exatos seis minutos um sujeito chegue à conclusão de que ficou no ponto exato de sua preferência. Quando, na manhã seguinte, ele venha a cozinhar um ovo novamente, certamente irá fazê-lo pelos exatos seis minutos outra vez. Nesse caso, o sujeito pôde aprender com o evento passado, ao encontrar a melhor medida de tempo. A razão pela qual é mantido o tempo de cozimento *não é a necessidade de tomar o mesmo encaminhamento*, e sim a certeza de que essa opção foi a mais adequada, e por isso deve ser repetida.¹²

Seguir um precedente, por outro lado, pressupõe a influência no evento presente não necessariamente associada à crença na correteza das razões que levaram à decisão/conduta passada.¹³ O evento

¹² SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. p. 38.

¹³ A força dos precedentes é verificada, antes de tudo, pela adoção de uma decisão com a qual não concordaríamos caso inexistisse o precedente. Se o julgador concordar com as razões que levaram ao precedente, muito facilmente a verdadeira força deste fica obscurecida. Nesse sentido, Larry Alexander delimita seu estudo sobre a vinculação a precedentes (*Constrained by precedent*): “Frequently courts use precedents as authoritative support for decisions they would deem correct (on the basis of political/moral principles) in the absence of those precedents. The principal reason that I shall not address explicitly this use of precedents is that the power of precedents to support decisions a court believes are otherwise justifiable depends upon the power of precedents to constrain a court from reaching decisions it believes are justifiable.” Tradução livre: “Frequentemente, os tribunais usam precedentes como suporte de autoridade para decisões que considerariam corretas (com base em princípios políticos / morais) mesmo na ausência desses precedentes. A razão principal para eu não abordar explicitamente este uso de precedentes é que o poder dos precedentes para apoiar decisões que um tribunal considera serem de outra forma justificáveis depende do poder dos precedentes para restringir um tribunal de tomar decisões que acredita serem justificáveis” (ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedent*. *Southern California Law Review*, v. 63, n. 1, p. 4, 1989-1990. Disponível em:

precedente carrega uma força em si, que apenas pela sua existência já condiciona ou justifica a tomada de decisão compatível, independentemente do seu conteúdo. Seguir um precedente é seguir uma decisão apenas por esta ser uma decisão passada, não porque o tomador da decisão foi persuadido pelas razões adotadas.¹⁴

Por isso, trabalhar com precedentes é diferente da utilização de exemplos ou da mera experiência. Nós seguimos um exemplo (ou evitamos um ruim) porque ele nos mostra como agir (ou não agir) para obter o melhor resultado. O precedente, de outra forma, é seguido independentemente do juízo positivo ou negativo que se tenha desse evento.^{15 e 16}

Dessa conclusão, surge uma óbvia pergunta: se se entende que a decisão tomada no precedente foi, em última análise, equivocada, por que então seguir precedentes?

<<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/alexander-1989-constrained-precedent.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2016).

¹⁴ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. p. 40.

¹⁵ Como aponta Frederick Shauer “Um argumento puramente baseado em um precedente urge que o julgador alcance um resultado particular independentemente de se o julgador acredita ser ele o correto e independentemente de se acredita ou não que seja determinante de algum modo para que conte com aquele resultador anterior.” No original: “*A naked argument from precedent thus urges that a decisionmaker give weight to a particular result regardless of whether that decisionmaker believes it to be correct and regardless of whether that decisionmaker believes it valuable in any way to rely on that previous result*” (SCHAUER, Frederick. Precedent. In: *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, p. 576, 1986-1987).

¹⁶ Também Neil Duxbury: “Quando tomamos uma decisão com base na experiência, estamos valorizando a experiência pelo que ela nos ensina. Quando tomamos uma decisão com base em precedentes, consideramos significativo o fato de que nossa situação atual já foi abordada antes, mas não necessariamente valorizando o precedente pelo que ele nos ensina. Às vezes, podemos até mesmo seguir precedentes que não aprovamos.” No original: “*When we make a decision on the basis of experience, we are valuing experience for what it teaches us. When we make a decision on the basis of precedent, we consider significant the fact that our current predicament has been addressed before, but we will not necessarily value the precedent for what it teaches us. Sometimes, we might even follow precedents of which we do not approve*” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 2-3).

Como destaca Frederick Schauer,¹⁷ não há qualquer razão para que cientistas cheguem às mesmas conclusões que seus antecessores ou que em nova legislatura se adotem as mesmas políticas da anterior, apenas pelo fato de terem sido adotadas anteriormente. Contudo, especificamente na tomada de decisões jurídicas – acerca de direitos e deveres – outros fatores devem ser considerados para afirmar a conveniência do respeito aos precedentes.

Primeira razão para a valorização dos precedentes e adoção de decisões jurídicas compatíveis com decisões passadas é a própria racionalidade do sistema jurídico.¹⁸ É a compreensão de que casos iguais demandam soluções iguais. Para tanto, é essencial que os raciocínios jurídicos adotados como razões de decisão para determinado caso sejam universalizáveis.¹⁹

Nas palavras de Thomas Bustamante:

[...] em qualquer sistema jurídico um precedente judicial somente poderá constituir um padrão para resolver casos futuros caso seja possível dele extrair uma regra universal à qual os casos futuros possam e devam ser subsumidos sempre que se repetirem as condições presentes na hipótese de incidência (*fattispecie*) de tal regra jurídica.²⁰

Também Hermes Zaneti Jr. aponta que:

¹⁷ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. p. 42.

¹⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 352.

¹⁹ Explica José Rogério Cruz e Tucci que “o elemento crucial que efetivamente justifica a recepção analógica da decisão anterior para a solução da hipótese posterior é o princípio da universalidade, entendido como uma exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de modo semelhante. É ele, com efeito o componente axiológico que sempre revestiu a ideia de Justiça “como qualidade formal” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 25).

²⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.p. 113.

[...] os casos-precedente não são ou não devem ser formados para a solução apenas do caso concreto, mas de todos os casos em análoga situação, conferindo aos precedentes um controle de racionalidade decorrente da regra da universalização.²¹

Associada à utilização dos precedentes, também está a necessidade de proteção da segurança, enquanto elemento fundamental para a própria configuração do fenômeno jurídico.²² Como explica Daniel Mitidiero:

[...] sem um ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, é impossível conceber um espaço para que se possam fazer escolhas juridicamente orientadas [...], é do mesmo modo impossível reconhecer qual o Direito vigente e que deve ser aplicado para todos uniformemente. Daí a razão pela qual a segurança jurídica é normalmente compreendida como uma das condições pelas quais o Direito se torna possível.²³

O valor *segurança* possui, em si, importante relevo lógico-jurídico, independente do direito positivo, das condições socioeconômicas ou do regime político adotado, para que se destaque como princípio fundamental de qualquer ordem jurídica.²⁴

José Gomes Canotilho caracteriza a segurança jurídica como elemento essencial do princípio do Estado de Direito, subdividindo-a em dois conceitos nucleares: (I) a estabilidade, donde as decisões estatais, uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem ser arbitrariamente alteradas, sendo possível sua modificação apenas quando presentes pressupostos materiais particularmente

²¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. p. 353.

²² TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 65-66.

²³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 21.

²⁴ TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. p. 65.

relevantes; e (II) a previsibilidade, que, fundamentalmente, conduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.²⁵

O respeito a decisões passadas serve para conferir segurança à ordem jurídica, garantindo que a mesma questão não seja resolvida de maneira diferente em outra oportunidade, o que provocaria uma quebra de expectativas, tanto sob o ângulo da estabilidade da ordem jurídica, quanto pelo ângulo da previsibilidade que os cidadãos esperam em face dos atos estatais.²⁶

Benjamin Cardozo também afirmava, já em 1921, que se cada decisão pudesse ser rediscutida em cada novo caso, o trabalho dos juízes seria levado ao limite.²⁷

Para além disso, como destaca Michele Taruffo, uma corte que, sobre a mesma questão, mudasse cada dia de opinião violaria qualquer princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei.²⁸ Os precedentes, da mesma forma, servem à concretização da igualdade entre os jurisdicionados.²⁹

No Brasil, por outro lado, poucos são os juízes que se constroem ao propor mudanças de entendimento nas cortes brasileiras. A maioria dos casos consubstancia mera opção pessoal do julgador que, ignorando ou não a existência do posicionamento contrário, expressa sua discordância. Na medida em que se alcança a maioria, cai a jurisprudência. Dessa forma, a simples alteração da

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 380-381.

²⁶ Acrescenta José Frederico Marques que: “Se o Estado estatui normas para regular relações intersubjetivas, é imperativo da segurança jurídica, que deve reinar na vida em sociedade, que essas normas não sejam postergadas, e tampouco sujeitas a flutuações constantes que acabam por substituir a Lei e o Direito pelo arbítrio e incerteza” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. vol. IV. Campinas: Millennium, 1999. p. 109).

²⁷ CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921. p. 149.

²⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista Forense*, v.108, n.415, p. 285, jan./jun. 2012.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 140.

composição dos órgãos julgadores acaba sendo o motivo número 1 para mudanças de entendimento.³⁰ No Direito brasileiro, não se cultiva a cultura de jurisprudência da corte, pensa-se antes na jurisprudência desse ou daquele “relator”. Quando se idealizou a aplicação de precedentes no Brasil, um dos primeiros objetivos foi o de evitar que isso acontecesse.³¹ Estabilizar a (perene) jurisprudência, apesar dos (sempre transitórios) juízes.

³⁰ Um exemplo marcante é o Tribunal Superior Eleitoral, composto por sete ministros (art. 119, CF), cada qual nomeado para uma investidura de dois anos com possibilidade de apenas uma recondução (art. 14, do Código Eleitoral). A rotatividade na ocupação das vagas por isso é muito elevada, vez que cada membro apenas funcionará em no máximo uma eleição geral. O TSE é conhecido pelas frequentes e imotivadas mudanças de entendimento jurisprudencial a cada eleição, como notado por Ruy Samuel Espíndola quanto sustenta ser “necessário estabelecer regra processual que impeça a mudança de jurisprudência no curso da eleição que seja prejudicial ao direito de candidatura, por quaisquer de nossas cortes regionais eleitorais, TSE e STF. [...] Exemplo que demonstra a necessidade dessa regra é o julgado “in malam partem” (por tal, retrocessivo) do TSE n. RO 401-37.2014.6.06.0000, de 26.08.14, Rel. Min. Henrique Neves, que tematizou o julgamento de contas públicas de prefeito pelo Tribunal de Contas e seus reflexos no plano do direito de candidatura. Esse precedente ocorreu em 26.08.14, 51 dias depois do processo eleitoral iniciado, e menos de 40 dias antes das eleições, e após o prazo para que todos os processos de registro tivessem sido julgados em todas as instâncias da justiça eleitoral (21.08.14). Ele corporificou mudança jurisprudencial, injustificado “overruling” que levou ao indeferimento de inúmeras candidaturas, cujos registros tinham sido deferidos em primeiro grau nos tribunais eleitorais no ano de 2014. [...] Em 2014, iniciada a propaganda eleitoral em 05 de julho, vigorava um entendimento, e em meados de agosto mudou o TSE a sua jurisprudência de sorte a confundir todas as previsões das candidaturas em curso, tornando incertos a atividade defensiva e o trabalho dos operadores do direito, mormente dos advogados e seus constituintes, assim como dos magistrados eleitorais das instâncias ordinárias” (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Direito eleitoral e reforma política: sugestões para reformas legais, jurisprudenciais e culturais à ótima concretização dos direitos fundamentais políticos de candidatura e de voto. *Revista Paraná Eleitoral*, v. 4, n. 2, p. 260-263, 2015).

³¹ Da exposição de motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, datada de 8 de junho de 2010: “para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é

Também não são poucos os casos em que os julgadores brasileiros limitam-se a invocar ementas de acórdãos³² ou enunciados de súmula, como se isso fosse o suficiente para delimitar o campo de abrangência das razões do precedente, sem ao menos analisar as circunstâncias fáticas do caso e, sobretudo, o preciso *por quê* dele ser aplicável ao processo sob julgamento.³³ Especialmente o julgamento dos recursos repetitivos – um de nossos poucos contatos com precedentes vinculantes – tem revelado diversas vicissitudes nesse sentido, uma vez que o precedente, estabelecido por um único julgamento sobre um determinado tema, não raras vezes é alçado a resolver casos manifestamente diferentes daquele que o originou, em inaceitável degeneração do próprio sentido de trabalhar-se com precedentes, que, conforme já explicado, é o princípio geral de tratar igualmente casos iguais (“*treat like cases alike*”) e diferentemente casos *diferentes*.

É importante lançar a advertência de que, ao longo do trabalho, a expressão precedente, quando evocada, sempre se reportará ao sentido posto nesse item. Nada mais do que um evento passado, cujo(s) raciocínio(s) servem de guia para o encaminhamento de um evento

necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável” (BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2010. p. 17-18).

³² Para uma profunda análise crítica da utilização de precedentes no Brasil, ver: RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

³³ ROQUE, André Vasconcellos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DE OLIVEIRA, Pedro Miranda (Orgs.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 247-263 e p. 258-259.

presente. É adotada também a denominação utilizada por Frederick Schauer³⁴, no sentido de referir-se ao caso precedente e ao caso presente, bem como à corte precedente (que julga o caso precedente) e à corte presente (que julga o caso presente influenciado pelo precedente).

1.1.2 Separação entre texto e norma e a extensão da atividade do intérprete na aplicação do Direito

Toda linguagem é um conjunto de símbolos convencionais.³⁵ Cada símbolo carrega um significado, mas não há inerente relação entre símbolo e significado. As atribuições de significado são fruto de convenções que vão afirmar o sentido X para o signo Y. A concordância dos usuários de uma linguagem acerca destas convenções é o que torna uma linguagem funcional³⁶.

Genaro Carrio destaca que a linguagem utilizada para as proposições jurídicas – enquanto proíbem, autorizam, comandam, etc. – é composta por palavras (signos) provenientes da linguagem natural – entendida como o português ou qualquer outro idioma de uso corrente.

³⁴ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. p. 37-38.

³⁵ CARRIO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1972. p. 63.

³⁶ Jagjit Singh escreve que “*el objeto que estáis leyendo se llama libro en español, book en inglés y kitab en indostano; sin embargo, ninguno de estos sonidos puede justificarse lógicamente con el objeto que denota; ha sido un nombre arbitrario escogido por el grupo que usa ese lenguaje. Esta libertad inicial de asociar cualquier sonido arbitrario con un objeto o idea, sujeto sólo a su aceptación por los miembros del grupo, permite al hombre organizar un campo infinitamente variado de sonidos concretizado en un sistema que constituye de hecho el lenguaje de su tribu.*” Tradução livre: “O objeto que você está lendo é chamado *libro* em espanhol, *book* em Inglês e *kitab* em Hindustani; No entanto, nenhum destes sons pode ser justificado logicamente com o objeto que denotam; são nomes arbitrários escolhidos pelo grupo que usa essa linguagem. Esta liberdade inicial para associar o som a qualquer objeto arbitrária ou ideia, sujeito apenas a sua aceitação pelos membros do grupo, permite ao homem organizar um campo infinitamente variado de sons concretizado em um sistema que é de fato a língua de sua tribo” (SINGH, Jagjit. *Ideas fundamentales sobre la teoría de la información, del lenguaje y de la cibernética*. Madrid: Alianza Editorial, 1972. p. 15).

Isto é assim não por acidente, e sim porque a função do Direito estaria altamente comprometida se suas proposições não pudessem ser compreendidas pelos destinatários finais das normas jurídicas.³⁷

A linguagem natural (assim como a jurídica) padece de inevitáveis dificuldades de comunicação condensadas nas ideias de ambiguidade e vagueza.³⁸ Ambiguidade é associada à utilização das mesmas palavras (signos) com o intento de referir-se a significados diferentes a depender do contexto. Mas ainda que haja plena certeza sobre o “sentido” utilizado pelo interlocutor para determinado signo – e seja superada a ambiguidade, portanto –, não haverá um guia seguro para classificar os casos incluídos ou excluídos desse sentido. Daí advém a vagueza da linguagem. Pode-se ter plenamente claro o sentido de referir-se a um homem “calvo”, mas exatamente quanto de cabelo deve faltar ao sujeito para que seja incluído nessa categoria?

Para ilustrar o ponto, Genaro Carrio utiliza a metáfora de um foco de luz cercado por escuridão.³⁹ No centro do foco de luz encontram-se os exemplos em que não há dúvida sobre o juízo de inclusão. Na escuridão que circunda esse foco de luz estão os exemplos em que não se tem dúvida sobre sua exclusão. Entre essas duas áreas há uma extensa zona de penumbra sem começo nem fim claros, onde têm lugar os efeitos da vagueza da linguagem.

A linguagem do Direito não é comparável à da geometria ou da matemática⁴⁰, cujos contornos possuem um número certo de elementos necessários à compreensão: um sistema fechado. É certo que se utilizam jargões técnicos no Direito com forte sentido jurídico específico (por exemplo, as palavras “propriedade”, “posse”, “capacidade”), mas não é possível afirmar que isto se compare à certeza de uma operação aritmética. Fosse assim, a interpretação de toda forma seria completamente despicienda e o juízo, de (anti) juridicidade, passaria ao terreno de absolutos certo/errado.

³⁷ CARRIO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. p. 37-38.

³⁸ CARRIO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. p. 26.

³⁹ CARRIO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. p. 31-32.

⁴⁰ CARRIO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. p. 40. Também nesse sentido, acerca da linguagem natural em comparação às linguagens artificiais: BOUVERESSE, J. Linguagem ordinária e filosofia. In: SUMPFF, J.; BOUVERESSE, J.; GRANGER, G. e GAUVIN, J. *Filosofia da linguagem*. Coimbra: Livraria Almedina, 1973. p. 118-122.

A criação de termos técnicos, cada vez mais abstratificados pela linguagem jurídica, não elimina a vagueza característica da linguagem natural, pois os novos termos são ordinariamente tão vagos quanto os signos substituídos⁴¹ (na medida em que é igualmente impossível definir *a priori* o juízo de inclusão/exclusão do termo diante dos fatos da vida real). O que se pode conseguir é especificar mais claramente o seu contexto de utilização, criando-se “contextos de uso inequívoco”, nas palavras de Juan Ramon Capella⁴², que aliviam – mas nunca eliminam – o peso da vagueza.

Genaro Carrio ainda admitirá que determinados casos, ditos claros, poderiam ser solvidos apenas com as regras escritas, “descobrimo” o sentido delas para solver o problema jurídico. Mas os outros casos, ditos de penumbra, demandariam a necessária “adjudicação” de sentido que não havia até o momento da decisão.

Uma das consequências dessa necessária adjudicação de sentido, na visão de Genaro Carrio, é que o Direito não pode ser mais considerado um sistema “hermeticamente fechado”. A indeterminação da linguagem impõe que, mesmo se considerada a integração da jurisprudência ou da doutrina, ainda assim “sempre existirão zonas de indeterminação, cujos limites são indetermináveis.”⁴³

Mesmo que seja possível diminuir o espectro de vagueza da utilização de um termo (por meio da delimitação de contexto, por exemplo) nunca esta vagueza será eliminada.⁴⁴ Por isso, é completamente inócua supor qualquer “proibição de interpretação.”⁴⁵

⁴¹ CAPELLA, Juan Ramon. *El derecho como lenguaje*. Barcelona: Ariel, 1968. p. 257.

⁴² CAPELLA, Juan Ramon. *El derecho como lenguaje*. p. 258.

⁴³ No original: “siempre quedan y quedarán zonas de indeterminación, cuyos limites son indeterminables” (CARRIO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. p. 47).

⁴⁴ Nesse sentido, aduz J. Bouveresse: “A idea de que se poderia dispor, em absoluto, do vocabulário adequado, nem sequer tem o valor de uma utopia filosófica estimulante: é rigorosamente desprovida de sentido. Em quantas categorias discretas o vocabulário das cores deveria dividir o espectro, para se poder considerar como suficientemente preciso? Podemos introduzir, à vontade, novas distinções – tantas quantas forem solicitadas; mas não poderemos propor-nos, como objectivo, introduzi-las todas” (BOUVERESSE, J. Linguagem ordinária e filosofia. In: SUMPFF, J.;

Pode-se concluir que o juiz apenas traz essas indeterminações até níveis aceitáveis, passíveis de concreção suficiente para a resolução dos casos concretos.

De toda forma, não é possível encapsular um sentido inequívoco em um texto. Sempre haverá margem para vagezas e ambiguidades a serem combatidas pelo receptor da mensagem, que ao tomar contato com o texto terá de interpretá-lo – no sentido de atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos.⁴⁶

Essa compreensão é especialmente importante para a linguagem jurídica. Eros Roberto Grau compara o Direito às artes alográficas – em que a obra só se completa com o concurso do autor e do intérprete (ao exemplo da música e do teatro), em contraste com as artes autográficas, que dependem apenas do autor para estarem completas (pintura e romance).⁴⁷ Há sempre, portanto, a dependência de atuação do intérprete para completar o sentido atribuível ao texto.^{48 e 49} Daí a radical

BOUVERESSE, J.; GRANGER, G. e GAUVIN, J. *Filosofia da linguagem*. p. 118-119).

⁴⁵ CAPELLA, Juan Ramon. *El derecho como lenguaje*. p. 248-249.

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.p. 1200.

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 37-38.

⁴⁸ Descreve Luís Recaséns Siches que “[...] ninguna norma general es una norma susceptible de directa aplicación, lo hace patente el siguiente argumento. Una determinada regla de conducta es convertida en norma jurídica por quién tenga poder para hacerlo, pensando precisamente en los casos en los cuales vaya a tener que ser aplicada coercitivamente, por imposición inexorable. Sucede, pues, que la norma general suministra las directrices para que en aquellos casos el órgano jurisdiccional elabore la norma jurídica concreta o individualizada. Pero sólo ésta, es decir, la norma individualizada es susceptible de ser aplicada de un modo inexorable; sólo ella puede estar dotada de ejecutividad; sólo ella realiza en plenitud la esencia formal del Derecho.” Tradução livre: “Nenhuma norma geral é uma norma suscetível de aplicação direta, o que fica claro a partir do seguinte argumento. Uma certa regra de conduta é convertida em norma jurídica por quem tenha o poder de fazê-lo, pensando precisamente nos casos em que terá de ser aplicada coercivamente, por imposição inexorável. Ocorre que a regra geral fornece diretrizes para que nesses casos o tribunal elabore a norma jurídica concreta ou individualizada. Mas só esta, é dizer, a norma individualizada é suscetível de ser aplicado de maneira inexorável; só ela

diferenciação entre o texto normativo e a norma jurídica em si.⁵⁰ A interpretação tem por objeto o texto (legal) e resultará na norma jurídica.⁵¹

Essa interpretação se justifica não apenas tendo em vista as ambiguidades e vaguesas inerentes ao texto⁵², mas também pela necessidade da aplicação do Direito a casos concretos em que há discussão sobre posições jurídicas.⁵³ Interpretar e aplicar o Direito são

pode ser dotada de executividade; só ela realiza plenamente a essência formal do Direito” (SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa S. A., 1973. p. 218).

⁴⁹ Nesse sentido: “A aplicação automática das normas é impossível em âmbito jurídico, carecendo de rigor teórico a afirmação de que há normas jurídicas “autoaplicáveis”. Sem a intervenção de uma pessoa (autoridade estatal ou titular de direitos) que atue como porta-voz da lei, não é possível aplicar a norma, mesmo quando esta for clara, concreta, precisa, quase “matemática”. Mesmo diante da norma dotada da maior possível clareza e concretude, é imprescindível a intervenção de um destinatário da norma (D), que fará a enunciação: “a norma N diz X”. Caso contrário, não é possível aplicar a norma N. Isso vale tanto no caso em que a proposição normativa é concreta (“José deve pagar taxa de R\$ 3,60”) como quando se aproxima do vazio normativo (“o governo deve cuidar do bem-estar da população”).” (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 221).

⁵⁰ Como descreve J. J. Gomes Canotilho: “O recurso ao “texto” para se averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre texto e norma. Isto é assim mesmo em termos linguísticos: o texto da norma é o “sinal linguístico”; a norma é o que se “revela” ou “designa” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1218).

⁵¹ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, v. 206, p. 61-78, 2012.

⁵² Sobretudo porque “não mais se aceita, no plano da teoria do Direito, a ideia de que há um significado unívoco intrínseco ao texto legal” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 83).

⁵³ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. p. 34-35.

uma só operação indissociável.⁵⁴ Ao interpretar o texto e decidir um caso, o julgador afirma a norma de decisão⁵⁵ (norma jurídica concreta), concluindo o processo de concretização do Direito.

Contudo, a interpretação/aplicação do Direito não é atividade exclusiva do julgador. Qualquer pessoa também realiza um processo interpretativo ao tomar contato com o texto normativo, criando normas pelas suas conclusões acerca do sentido dos textos. Esse processo é realizado pelos advogados, administradores públicos e também por todos os cidadãos em geral.

Contudo, apenas o julgador cria direito no sentido de definir normas de decisão e isto o qualifica como um intérprete autêntico dos textos normativos, na visão de Kelsen⁵⁶, enquanto órgão incumbido da aplicação do Direito.

A interpretação do julgador – enquanto veículo de criação de direitos⁵⁷ – serve tanto às partes do processo – que ficam submetidas à

⁵⁴ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 57.; GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. p.49.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1221.; e GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. p. 35.

⁵⁶ Kelsen qualifica como autêntica a interpretação que crie direitos. E não a limita à criação de normas gerais e abstratas, mas também “a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando crie Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. p. 470-471).

⁵⁷ Nesse sentido Luis Ricaséns Siches: “De fato, as várias críticas contra a concepção mecânica da jurisprudência deixaram claro que o trabalho do juiz, ou órgão administrativo jurisdiccional, sempre contém uma função criadora do Direito, em maior ou menor grau a depender dos diversos tipos de casos, mas sempre e necessariamente em alguma medida, mesmo quando a decisão se apoia em uma regra geral claramente expressa em lei, que é certamente vigente, e cujo sentido é apresentado com clareza inconfundível.” No original: “*En efecto, las varias críticas contra la concepción mecánica de la jurisprudencia han hecho patente que la obra del juez, o del órgano jurisdiccional administrativo, contiene siempre una función creadora de Derecho, en mayor o menor medida según los diversos tipos de casos, pero siempre y necesariamente en alguna medida, incluso cuando esa obra se apoya en una norma general claramente expresada en una ley, que sin duda está vigente, y cuyo sentido se presenta con*

decisão tomada – quanto a toda a sociedade – já que por meio da fundamentação explícita o sentido do texto normativo contribuindo para a concretização do fenômeno jurídico como um todo.⁵⁸

Quando essa norma jurídica concreta for utilizada como precedente para o julgamento de um caso presente, ela dependerá novamente de interpretação⁵⁹, pois retrocede ao estado de texto normativo para ter o sentido novamente adjudicado pela corte presente.⁶⁰ E assim o processo interpretativo é renovado. O texto

inequívoca claridad” (SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. p. 213). Também Luiz Guilherme Marinoni: “Quando se toma em consideração a dissociação entre texto e “norma jurídica”, os textos de caráter aberto e a necessidade de conformação da lei às normas constitucionais, percebe-se que a tarefa jurisdicional não está limitada a revelar a lei ou a simplesmente declarar algo que sempre esteve à percepção de todos. Ao juiz, diante da ideia de que o texto é potencialmente equívoco, dele sendo possível extrair várias normas em princípio razoáveis, considera os elementos do texto com base em valores e então realiza opções racionalmente justificadas. Isso é ainda mais evidente no caso de textos de caráter aberto ou de interpretação de acordo com a Constituição” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 114-115).

⁵⁸ Emílio Betti ensina que “quanto mais gerais e abstratos forem os termos em que o preceito é formulado, quanto mais remoto ele se apresentar em relação à situação de fato concreta, para a qual deve valer, tanto mais se percebe a exigência para que ele seja reelaborado e novado, adaptado e adequado à vida e à natureza das relações disciplinadas. E é justamente a interpretação que torna possível satisfazer essa exigência: de modo precípua, a interpretação da lei, dada a abstração e a generalidade das suas enunciações; [...] Para ter uma atuação efetiva no comportamento a cuja disciplina está destinada, a lei precisa de uma série de operações – de adaptação e de adequação, de integração e de desenvolvimento complementares -, que, continuamente renovadas, fazem com que a norma não permaneça letra morta, mas se mantenha viva e vigente na órbita da ordem jurídica a que pertence” (BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 9-10).

⁵⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259.; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. p. 319.

⁶⁰ Nas precisas palavras de Maurício Ramires: “Quando o juiz analisa um precedente, questionando sobre a sua aplicabilidade ao caso presente que

interpretado pelo julgador resolve o caso concreto, e essa interpretação, traduzida em texto, deverá ser ela própria interpretada quando utilizada como elemento para resolver um caso futuro.

Se coerentemente e repetidamente forem reinterpretadas essas normas jurídicas concretas, enquanto objeto de análise para a resolução de casos análogos, ter-se-á um Direito cada vez mais concretizado e soluções cada vez mais específicas para os problemas jurídicos⁶¹. Isso, em última análise, implica em uma progressiva – mas infundável, por definição – redução da zona de penumbra da vagueza do Direito e da linguagem.⁶²

Nas palavras de Daniel Mitidiero “se a norma jurídica é o resultado da interpretação por força da indeterminação da linguagem jurídica, então é imprescindível dar atenção não apenas aos textos dotados de autoridade legislativa, mas também à atividade com que se outorga judicialmente sentido a esses textos.”⁶³

deve julgar, o que tem diante de si é um texto. Os fatos já aconteceram; a decisão já foi prolatada; na maioria das vezes, já foi cumprida ou executada, e os autos do processo original já foram para o arquivo. O que restou é texto. Poder ser a ementa, a sentença, o acórdão ou as notas taquigráficas do registro oral. Sempre texto” (RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. p. 125).

⁶¹ Conforme Cunha: “cada uma dessas decisões, quando proferida por tribunal, costuma ser resumida numa ementa, que, tal como a lei, se expressa também através de um enunciado geral e abstrato, apenas com um nível de generalidade inferior, pois referido a um caso particular de abrangência da lei, um subconjunto do conjunto abrangido hipoteticamente pela lei” (CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Efeito vinculante e poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 19).

⁶² Como pontua Ravi Peixoto: “O texto normativo é a “pedra bruta” da interpretação com a qual irá trabalhar o intérprete, enquanto o precedente já é naturalmente um passo posterior, que surge após a interpretação do texto normativo, diminuindo a sua vagueza. Essa constatação gera uma menor amplitude no âmbito de possibilidade a serem extraídas do texto dos precedentes” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 176).

⁶³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. p. 73.

1.1.3 Papel dos tribunais superiores no sistema jurídico brasileiro

Como visto, interpretar os textos normativos é uma atividade inderrogável dos tribunais. O Poder Judiciário – enquanto intérprete autêntico da lei – concretiza os textos normativos por meio de normas de decisão prolatadas nos julgamentos.

Para além desta fórmula geral de atuação, é possível distinguir diferentes acepções para os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário.

Melvin Eisenberg descreve duas funções básicas realizadas pelos tribunais.⁶⁴ Primeiro há a resolução de disputas (*resolution of disputes*), que se pode associar à descrição clássica da função da jurisdição quanto à finalidade de “compôr conflitos de interesse”.⁶⁵ Em segundo lugar há a função de enriquecer o Direito como um todo (*enrichment of the supply of legal rules*), pela qual o tribunal afirma regras jurídicas a serem seguidas para casos análogos.⁶⁶

A função de resolução de disputas tem foco nas partes do processo e na resolução de problemas passados (discutidos em juízo no processo). A função de enriquecimento do Direito, por outro lado, tem o foco na sociedade como um todo e no futuro (a fim de orientar o modo de agir perante o Direito).⁶⁷

São escopos claramente distintos. Ainda assim, mesmo que coubesse aos tribunais apenas a resolução de disputas, ainda haveria contribuição para o enriquecimento do Direito. Isso porque, ao explicar a razão pela qual uma parte vence e a outra perde, o tribunal estará concretizando regras jurídicas (normas jurídicas) aplicáveis a outros

⁶⁴ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 5-7.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 553-554.

⁶⁶ Também nesse sentido, “É importante frisar que toda decisão judicial encerra uma operação complexa de raciocínio, não podendo ser considerada como um fim último, mas, sim, como um destacado elemento no processo contínuo de resolver pendências no foro do direito. O Judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. p. 25).

⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. p. 87.

casos. Entretanto, nesses casos a outorga dessas regras jurídicas é apenas um *subproduto*⁶⁸ do objetivo maior de resolver uma disputa concreta entre duas partes. Aqui o enriquecimento do Direito é mera consequência do julgamento dos casos, o que é substancialmente diferente de pensar-se o enriquecimento do Direito como uma função primária do tribunal – desejável por si só, portanto.

Em maior ou menor medida, todos os órgãos do Poder Judiciário detêm a incumbência de concretizar e enriquecer o Direito, pois todos atuam como intérpretes autênticos dos textos normativos. Dessa forma, ao menos como um subproduto da resolução de disputas, sempre há a enunciação de normas jurídicas – dada a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões (art. 93, IX, da CF).

Ainda assim, a atribuição de competências pela Constituição Federal e legislação aplicável pode e deve impor maior ênfase à incumbência de orientar a produção do Direito. São essas competências que definem o papel de um Tribunal na estrutura judiciária.

Daí a classificação dos Tribunais Superiores brasileiros, notadamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como Cortes de Precedentes⁶⁹, em contrapartida às Cortes de Justiça (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados).⁷⁰

No art. 926, CPC/15, lê-se que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, também que “editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante” e que estes enunciados de súmula devem “ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Uma crítica direcionada ao novo art. 926 do Código de Processo Civil é justamente a falha em perceber a convivência destes dois modelos concomitantes de atuação da jurisdição, com propósitos e incumbências constitucionais diferentes.⁷¹ Para Daniel Mitidiero, são as

⁶⁸ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 6.

⁶⁹ Também referidas como Cortes Supremas ou Cortes de Interpretação, por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero em: MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes supremas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; e MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*.

⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. p. 87.

⁷¹ ”Seria necessário particularizar no art. 926 que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm o dever de dar unidade ao direito. A

Cortes de Justiça que devem uniformizar a aplicação do Direito. As Cortes de Precedentes, por outro lado, devem conferir unidade ao Direito justamente para possibilitar que as Cortes de Justiça o apliquem de maneira uniforme, corrigindo decisões equivocadas.⁷²

Hoje, como visto, não se sustenta supor um sentido unívoco (a ser protegido) na lei. A lei é interpretada para chegar-se à norma jurídica aplicável ao caso concreto. O Poder Judiciário concretiza, constrói esse sentido, não o “revela”. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

[...] as Cortes Supremas, atualmente, não têm função de investigar e declarar a norma contida na lei, mas de editar a partir do texto da lei – mediante valoração e decisão – a norma que melhor responde à Constituição e aos valores da sociedade.⁷³

É crucial a compreensão de que as Cortes de Precedentes assumem uma função ao lado do legislador de construir o sentido das leis, vinculado ao seu texto. Isso é radicalmente diferente da compreensão de que cabe ao tribunal simplesmente defender o “exato sentido da lei”.⁷⁴

partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes. Isso porque as Cortes de Justiça – e os juízes de primeiro grau – são responsáveis por fomentar o debate a respeito de quais são as melhores opções interpretativas para os desacordos inerentes à interpretação do direito: tolher esse debate, não deixando espaços para que vingue, serve apenas para obtenção de uma solução para os problemas jurídicos – não necessariamente para obtenção da solução melhor ou mais amadurecida pelo diálogo e pela experiência judiciária. Em outras palavras: não necessariamente uma solução amadurecida democraticamente pelo diálogo institucional no e do Poder Judiciário” (MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 245, p. 333-349, 2015).

⁷² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. p. 91-92.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. p. 67.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. p. 115.

Atendo-se à premissa de que o texto demanda a interpretação para chegar-se à norma, parece lógico que o tribunal de mais alta hierarquia em determinada matéria detenha a responsabilidade de outorgar o sentido último a esse texto. Ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça cabe a tarefa de conferir unidade ao Direito⁷⁵, por meio da concretização última dos textos normativos constitucionais e federais infraconstitucionais.⁷⁶ Deve-se compreender a igualdade perante a lei como a igualdade perante a lei (e a Constituição) interpretada, concretizada pelo órgão responsável pela sua interpretação última e a outorga de unidade ao Direito.^{77 e 78}

A abertura de jurisdição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para julgamento dos recursos extraordinários e especiais se justifica sempre mediante a alegação de violação à ordem jurídica infraconstitucional ou constitucional. Estes recursos têm fundamentação vinculada, na medida em que, inexistindo questão federal ou constitucional, não há razão para seu julgamento. Aqui, a lógica da resolução de disputas se alterna: o caso concreto é julgado se, e somente se, for verificada a necessidade de dar uma resposta à ordem jurídica acerca da violação ou não da norma federal/constitucional.

Essa conclusão é reforçada pelo regime jurídico típico desses recursos.

⁷⁵ “A moderna função dos tribunais supremos há de ser um instrumento voltado para o futuro, que vise à unidade do Direito, não à uniformidade da jurisprudência dos respectivos tribunais” (SILVA, Ovídio Baptista da. A função dos tribunais superiores. *GÊNESIS – Revista de direito processual civil*, v. 13, p. 493, jul./set. 1999).

⁷⁶ SILVA, Ricardo Alexandre da. O STJ como Corte suprema em matéria infraconstitucional: defesa dos precedentes vinculantes. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. (Coords.). *Direito Jurisprudencial*. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1074-1098.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 149.

⁷⁸ No mesmo sentido é a compreensão de que o princípio da legalidade não pode ser compreendido como a “necessidade de que o juiz esteja vinculado não apenas à lei, de conteúdo interpretável, mas sim a todo o sistema jurídico, consoante as respostas trazidas pela lei, doutrina e jurisprudência” (LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 120, p. 122, jan. 2005).

Primeiro, o próprio instituto da repercussão geral, que funciona como um grande filtro de julgamento a fim de selecionar somente aqueles processos em que haja discussão de elevada importância social, econômica ou jurídica. Nesse caso, fosse tratado o direito da parte em primeiro plano, pouca ou nenhuma importância deveria ter a possibilidade de transcender os fundamentos do resultado do julgamento para outros processos.

Também a modalidade de recursos repetitivos, em que há a suspensão de processos e posterior “aplicação da tese” após o julgamento. O elemento preponderante é novamente a pulverização da regra jurídica proveniente do julgamento, não o julgamento às partes. Tanto que o novo Código de Processo Civil expressamente autoriza o julgamento do recurso, ainda que haja desistência pela parte (art. 998, parágrafo único, do CPC/15).

Essa opção legislativa claramente vai na mesma linha: deve-se compreender o julgamento dos recursos especiais/extraordinários primeiro como um mecanismo de formulação de enunciações jurídicas relevantes para o direito brasileiro, depois como julgamento para as partes⁷⁹, igualmente funções típicas de Corte Constitucional do Supremo Tribunal Federal, enquanto julga ações em controle concentrado de constitucionalidade. No controle abstrato de constitucionalidade não há partes na acepção tradicional do termo. Não há direitos subjetivos em jogo, não há perdedores nem vencedores, apenas a tutela da ordem jurídica realizada por meio da nulificação de ato inconstitucional.

Nada obstante, esses modelos de atuação são melhor observados em termos de cargas de eficácia do que em absolutos, pois tanto as Cortes de Justiça quanto os Tribunais Superiores brasileiros exercem competências que dialogam com ambos os modelos de atuação.

Se é verdade que a função precípua do STF/STJ é associada à outorga de unidade ao direito constitucional/infracostitucional, não é

⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. p. 92. Pedro Miranda de Oliveira pontua que “o recurso extraordinário é fundado no interesse da ordem pública, que quer ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição. Tanto é assim que referido recurso não é concebido em favor da parte, mas sim em favor da higidez do sistema de preservação do texto constitucional. É viável quando o aresto viola o direito em tese, não quando fere apenas o direito em espécie, ou seja, tem cabimento quando a decisão impugnada estiver teoricamente errada e não apenas injusta” (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal*: conforme o CPC/2015. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 184).

menos verdade que dentre essas competências existem claras resoluções de disputas, e o mesmo é verdadeiro com relação às Cortes de Justiça e o enriquecimento do Direito. Afinal, as Cortes de Justiça – Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça – também exercem função interpretativa para fins de enriquecimento do Direito. Basta considerar os procedimentos especiais voltados à resolução de demandas repetitivas, por exemplo. O novo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no 2º grau de jurisdição mimetiza o regime jurídico dos recursos repetitivos do STJ/STF com: (1) a seleção de casos piloto aglutinando questão jurídica aplicável a uma coletividade de processos; (2) suspensão de processos análogos; e (3) aplicação pulverizada da questão jurídica definida no incidente.

O incidente preenche um relativo vácuo no trato de problemas de repetitividade em 1º e 2º graus de jurisdição, tendo espaço até o preciso momento em que a questão surja nos tribunais superiores, quando o incidente não será mais cabível (art. 976, §4º, CPC). No incidente, será julgada “questão unicamente de direito” (art. 976, I), quando houver “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976, II). Os valores protegidos aqui são justamente aqueles caros à atuação de uma Corte de Precedentes.

Também a representação de inconstitucionalidade estadual (controle concentrado de constitucionalidade estadual), movida em face de leis municipais ou estaduais, é um claro exemplo de processo objetivo, onde não há partes ou interesses subjetivos em jogo. Aqui, a inobjetable função da corte é a tutela da ordem jurídica, nulificando os atos normativos que contrastem com a Constituição Estadual. Pode-se citar também o já antigo incidente de arguição de inconstitucionalidade, enquanto incidente para solução de questão jurídica específica de constitucionalidade.

Além disso, como já se disse, interpretar é incumbência inalienável do julgador, como de qualquer sujeito em contato com o texto normativo. Todas as questões jurídicas cognoscíveis por recurso extraordinário ou especial devem ser debatidas na instância ordinária, inclusive tendo em conta o requisito do prequestionamento (causa decidida). Nesse sentido, a solução dada a uma questão pelos órgãos colegiados do Tribunal de Justiça tem grande função diretiva, sobretudo com relação aos juízes de 1º grau.⁸⁰

⁸⁰ Nesse sentido é muito pertinente a crítica de Dierle Nunes à concepção de que a unidade do Direito e formulação de precedentes são tarefas exclusivas das “Cortes Supremas”: “a proposta de que o STF e o STJ assumam o perfil de

Por fim, o próprio CPC, no art. 927, V, confere especial importância à “orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculado”, cuja disposição vale para quaisquer tribunais – o sentido dessa afirmação será melhor explorado ao longo deste e do próximo capítulo.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça também se ocupam de casos concretos que seguem claramente o modelo de resolução de disputas.⁸¹

A competência do STF/STJ é dividida em 3 incisos na Constituição dos arts. 102 e 105, respectivamente, a saber: (I) competências originárias para julgar ações penais, mandados de segurança, *habeas corpus*, extradições, conflitos entre entes da federação, reclamações, conflitos de competência, entre outros; (II) competências recursais ordinárias para julgar recursos em mandado de

Cortes Supremas, retirando das partes o direito de recorrer a esses tribunais, na pretensão de que apenas as decisões proferidas por esses Tribunais se tornem, prospectivamente, precedentes judiciais que desempenharão a importante função de uniformização do Direito mediante a atribuição de sentido à Constituição e às Leis por intérpretes privilegiados ignora, por completo, que o Direito não é realizado apenas nas Supremas Cortes: o Direito está presente no cotidiano das pessoas, que constroem os seus planos de vida e se relacionam com o próximo sob múltiplos aspectos, conferindo, elas próprias, sentido às Leis e à Constituição – noção de comunidade política. a uniformidade do Direito e a estruturação de um sistema racional de precedentes, embora desejáveis, devem refletir um compromisso compartilhado e integrado entre os Juízos de Primeira Instância e os Tribunais Estaduais e Federais, não podendo ser alocado tão somente no STF e no STJ. É preciso compreender os demais Juízos como participantes ativos no desenvolvimento do Direito mediante um sistema de precedentes, sob pena de oferecer à sociedade civil um quadro distorcido e parcial do que são os direitos e os deveres de cada um” (NUNES, Dierle. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 263, p. 335-396, jan. 2017).

⁸¹ Como ressaltado por: SILVA, Ricardo Alexandre da. O STJ como Corte suprema em matéria infraconstitucional: defesa dos precedentes vinculantes. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. (Coords.). *Direito Jurisprudencial*. vol. 2. p. 1076; e PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p 156-157.

segurança, *habeas corpus*, crime político e outros; (III) competência recursal extraordinária para julgamento dos recursos especiais e extraordinários.

Quando esses tribunais exercem sua competência para julgamento de ações penais originárias, eles julgam com cognição exauriente de fato e de direito, sob o mesmo regime jurídico que um magistrado de 1ª instância faria. Da mesma forma, quando ele revisa em recurso ordinário os julgamentos de *habeas corpus*, mandados de segurança ou crimes políticos, atua como tribunal de apelação, funcionando como 2º grau de jurisdição (Corte de Justiça). Nesses casos, a enunciação de regras, a fim de enriquecer o estoque de normas jurídicas, é um subproduto do julgamento das partes, seja do acusado em processo penal, seja do impetrante em mandado de segurança.

A diferença aqui fica por conta do peso inerente à atuação do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Sua posição hierárquica naturalmente impõe um peso muito maior ao julgamento dos seus “meros” casos concretos. Basta ver a importância de julgamentos como os da Ação Penal 470⁸² ou da Ação Popular sobre a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol.⁸³ São julgamentos importantíssimos para o Direito como um todo, tomados em processos subjetivos, com direitos subjetivos e partes determinadas de ambos os lados.

1.2 VINCULAÇÃO FORMAL DE PRECEDENTES NO CPC/15

1.2.1 Vinculação e persuasão

Na linha do que foi exposto acerca do caso precedente enquanto evento passado para guiar casos presentes, pode-se introduzir a ideia de vinculação a precedentes.

Estar vinculado a um precedente é estar obrigado (enquanto julgador – corte presente) a adotar determinados raciocínios⁸⁴ tomados

⁸² STF, Tribunal Pleno, AP 470, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 17/12/2012, DJe 19/04/2013.

⁸³ STF, Tribunal Pleno, Pet 3388, rel. Min. Carlos Britto, julgado em 19/03/2009, DJe 24/09/2009.

⁸⁴ Sobre a delimitação desses raciocínios, condensada na expressão “fundamentos determinantes” da decisão, ver subitem 1.2.3 seguinte.

no precedente, quando verificado que são aplicáveis ao caso presente. Um julgamento que não respeita um precedente formalmente vinculante *não pode ser considerado juridicamente correto*.⁸⁵

Nesta pesquisa, serão trabalhadas e consideradas apenas as hipóteses de vinculação formal de precedentes – decorrentes de escolhas de direito positivo expressas. Portanto, exclui-se do campo de abrangência deste trabalho o estudo da eficácia vinculante dos provimentos jurisdicionais que seria aferível a partir apenas da racionalidade do sistema jurídico e da estrutura hierárquica do Poder Judiciário, como coerentemente sustentado por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.⁸⁶

⁸⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. p. 341-342.

⁸⁶ Conforme sustentado na doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero em: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. Partindo-se da premissa de que o direito formulado nos tribunais superiores – Cortes Supremas – seria vinculante tendo em conta apenas o conjunto de princípios – valores da liberdade, igualdade, hierarquia dos tribunais, função do intérprete e desses tribunais – nada mais justo que se diferencie estes precedentes – entendidos como razões de decidir generalizáveis – da jurisprudência antes sempre invocada. Ocorre que, a partir de uma visão jurídico-positiva do problema empreendida nesta pesquisa, essa distinção perde importância para as conclusões do trabalho. Se a vinculação advém – como se sustentará aqui – da leitura conjunta dos arts. 927 e 489, §1º, do CPC/15 – portanto, dependente do direito positivo – é certo que não há necessidade em distinguir o “precedente” em contraste com a “jurisprudência persuasiva” conforme nomenclatura de Hermes Zaneti Jr.. Importa, por outro lado, saber quando, a partir dessas regras específicas de direito positivo, tem-se uma decisão cujos fundamentos determinantes são vinculativos e o regime jurídico aplicável a esta obrigatoriedade. No âmbito da teoria de Zaneti, em *O valor vinculante dos precedentes*, pode-se dizer que este trabalho compreenderá apenas o estudo dos precedentes normativos formalmente vinculantes (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. p. 344). Marinoni e Mitidiero vão qualificar as decisões vinculantes provenientes dos tribunais locais como hipótese de “jurisprudência vinculante”, a qual é atribuído por via legal um regime de vinculação (Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 926 a 975. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 70). Como neste trabalho parte-se da premissa da vinculação formal, não será feita distinção nesse sentido, já que o marco legal de

A vinculação pode se voltar tanto contra os juízes hierarquicamente ligados ao tribunal, quanto ao próprio tribunal prolator do precedente.

Quando se fala na vinculação dos juízos hierarquicamente inferiores, fala-se em eficácia vertical do precedente. No mesmo sentido, quando se está diante da vinculação do órgão prolator do precedente aos seus próprios julgados, fala-se em eficácia horizontal.⁸⁷ Ordinariamente, órgãos de mesma hierarquia não devem vinculação formal uns aos outros, da mesma forma que um tribunal superior em hierarquia não estará obrigado a respeitar os precedentes de um tribunal inferior.⁸⁸

Na Inglaterra, desde o século XIII, tem-se notícia da utilização de precedentes como fonte de argumentação jurídica.⁸⁹ Entretanto, foi apenas no século XIX que a obrigatoriedade de observância do precedente pelo julgador tornou-se regra.^{90 e 91}

Não obstante outras importantes decisões tomadas ao longo desse século, foi em 1898, no emblemático caso “*London Tramways v. London Country Council*”, que a *House of Lords* inglesa consolidou a doutrina do *stare decisis*, afirmando a absoluta vinculação dos Tribunais e juízes aos precedentes judiciais, reconhecendo também a inabilidade da própria corte prolatora do precedente em rever suas decisões. Até 1966, vigeria esta eficácia absolutamente vinculante dos precedentes na Inglaterra, ano em que a mesma *House of Lords* divulgaria o *Practice Statement*⁹², uma nota anunciando que, a partir daquele momento, a

vinculação considerado no CPC/15 é o mesmo para as decisões do STJ/STF e tribunais locais, observada a respectiva abrangência de jurisdição.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 118-120.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 118-120.

⁸⁹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 32.

⁹⁰ RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. p. 65.

⁹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. p. 102.

⁹² Practice Statement [1966] 3 All ER 77: “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

corde poderia decidir de forma diferente de seus precedentes, quando isso lhe parecesse correto (“*depart from a previous decision when it appears right to do so*”).⁹³

A expressão *stare decisis* constitui redução da frase latina *stare decisis et non quæta movere* (“ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto”). A *doctrine of stare decisis* representa, no *common law*, a regra segundo a qual as coisas devem ficar como foram decididas pelos juizes e pelas cortes do passado.⁹⁴

No sistema jurídico brasileiro, proveniente da tradição jurídica do *civil law*, a regra é a eficácia apenas persuasiva dos precedentes judiciais.⁹⁵ A obrigatoriedade (formal) de observância do raciocínio de decisão passada (sob pena de antijuridicidade) é exceção.

Até a aprovação do novo Código de Processo Civil, os exemplos de vinculação às razões de decisões judiciais – entendida como a obrigatoriedade de adoção de um determinado raciocínio jurídico pelo julgador, sem a faculdade de simplesmente discordar – eram poucas.

O exemplo mais marcante é o do enunciado de súmula vinculante (art. 103-A, CF), cuja afronta pode culminar na responsabilização do agente administrativo e manejo de reclamação, sendo o ato administrativo ou judicial. Não é dado ao julgador avaliar a retidão do raciocínio descrito na súmula, razão pela qual o mero ignorar leva à cassação da decisão com a procedência da reclamação ou a reforma da

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, settlement 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.”

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 112.

⁹⁴ RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. p. 65.

⁹⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 216, p. 13-34, fev. 2013; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2013.p. 54.

decisão com o provimento do recurso pertinente. Essas ideias serão mais bem exploradas no segundo capítulo.

Quando se fala em autoridade persuasiva, quer-se dizer que seguir o precedente não constitui propriamente uma obrigação jurídica. O quanto decidido anteriormente apenas impõe carga indeterminada de constrangimento sobre o julgador, pesando como um argumento para que a decisão do caso presente seja compatível com o precedente passado. Esta eficácia deriva da própria lógica de um sistema judiciário estruturado para produção de decisões judiciais.⁹⁶

Como exemplo de fatores que compõem a eficácia persuasiva de determinado precedente, pode-se citar a posição hierárquica do órgão que proferiu a decisão, a profundidade do tratamento da questão jurídica, a qualidade dos argumentos, a data da decisão, se a decisão foi unânime ou não, ou até mesmo a própria credibilidade dos magistrados votantes.⁹⁷

Entretanto, a carga de eficácia persuasiva não pode ser objetivamente aferida, pois depende, em si, do próprio convencimento do magistrado, sobre o qual não pesa a obrigação legal (objetivamente verificável) de seguir o precedente *apenas pelo fato de ser um precedente*.

Determinar o peso de um precedente persuasivo se trata, por isso, de uma tarefa eminentemente subjetiva do julgador, que poderia conferir maior peso a uma decisão sua em detrimento de um enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, sem que haja correspondente sanção advinda do sistema jurídico.

O novo Código de Processo Civil, por outro lado, passou a cominar uma sanção correspondente à inobservância de determinadas decisões e enunciados de súmula tidos como especialmente importantes. O precedente, neste caso, transpõe a barreira da mera persuasão, na medida em que o ordenamento – não mais unicamente por uma questão lógica de estrutura do sistema jurídico – passou a impor a observância do seu conteúdo, sob pena de antijuridicidade.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 116-118.

⁹⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. p. 53.

1.2.2 O dever de enfrentar o precedente

O novo Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 927, que:

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. [...].

Cada um desses itens será especificamente discutido no item 1.3 deste estudo. Por ora, é relevante apenas compreender o que o Código almeja quando trata de “observância” dessas específicas decisões e súmulas.

A primeira consideração quanto a isso refere-se ao §1º do mesmo artigo 927, que impõe que “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”. Dessa forma, a interpretação do *caput* e incisos do art. 927 deve necessariamente levar em conta esses dispositivos.⁹⁸

O art. 10⁹⁹ é o dispositivo que proíbe a chamada decisão surpresa, aquela que toma por fundamento algo que as partes não tiveram a

⁹⁸ Nesse sentido: “O §1º não é um dispositivo programático. É um comando de aplicação obrigatória, imediata e de eficácia plena” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 356).

⁹⁹ Código de Processo Civil, Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

oportunidade de discutir no processo, fixando a necessidade de respeito ao contraditório substancial.¹⁰⁰

Já o art. 489, §1º, do CPC é aquele que explicita, em nível infraconstitucional, o que *não* pode ser considerada uma decisão fundamentada. Nos incisos I a IV estão hipóteses de mera remissão ao texto legal, malversação de conceitos jurídicos indeterminados, utilização de “decisões modelo” e não enfrentamento de todos os argumentos que em tese poderiam implicar decisão diversa. Para atingimento dos estritos fins deste trabalho nos são mais caros os últimos dois incisos, o V e o VI, que preveem, na linha do §1º, que não se considera fundamentada a decisão 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.

Nestes dois dispositivos está a chave para a compreensão do sentido do dever de observância do precedente, inscrito no *caput* e incisos do art. 927. O inciso V refere-se à fundamentação da corte presente para *aplicar* o precedente à resolução do caso presente. O inciso VI refere-se à fundamentação da corte presente para *afastar* o precedente da resolução do caso presente.

O inciso V, concernente à aplicação do precedente, será discutido detalhadamente mais adiante.¹⁰¹ Por ora, para entender-se o sentido do dever de observância do art. 927, é importante o inciso VI. Primeiro, o dispositivo prevê uma específica *sanção* associada ao provimento jurisdicional que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente”, sem que se demonstre “distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. A sanção é considerar a decisão como não fundamentada (§1º). A não fundamentação, por sua vez, desemboca na nulidade da decisão, como demanda o art. 93, IX, da CF.

¹⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. p. 78.

¹⁰¹ Nos itens 2.1 a 2.3.

Aí verifica-se a importância da leitura em conjunto do art. 927, *caput* e este inciso do §1º do 489: as decisões devem ser seguidas – se não verificadas as duas exceções (distinção ou superação) – sob pena de nulidade, o que caracteriza claramente um dever jurídico do órgão julgante, acompanhado de uma sanção (nulidade) correspondente ao seu descumprimento.

Fazendo o raciocínio inverso, vê-se que este dispositivo *apenas* autoriza o afastamento de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, se for demonstrada: (1) a existência de distinção no caso sob julgamento (caso presente) ou; (2) a superação do entendimento.

Logo, chama atenção que, sendo invocado o precedente pela parte, o *mero discordar* do julgador com as razões abordadas no caso precedente não mais autoriza o magistrado a deixar de aplicá-lo.¹⁰² Isto é, uma leitura alternativa das razões jurídicas do precedente não autoriza o magistrado a adotar entendimento diverso. O afastamento do precedente, apenas por conta da discordância com seu conteúdo, implica, por isso, falta de fundamentação da decisão (art. 489, §1º, VI, do CPC), o que impõe a decretação de sua nulidade (art. 93, IX, da CF).

As razões derrotadas e os fundamentos afastados já não servem para adotar entendimento diverso. Não é mais legítimo o mero reenfrantar da questão e a adoção de uma solução diversa daquela alcançada no precedente e, sobretudo, não cabe ignorar o precedente trazido pela parte.

Dessa forma, o conteúdo do precedente, enquanto pertinente ao julgamento do caso concreto, já não se encontra no âmbito de cognição¹⁰³ do magistrado, a quem não cabe conhecer legitimamente

¹⁰² Em sentido contrário, Alexandre Freitas Câmara compreende que o art. 927 tem eficácia meramente persuasiva e que a vinculatividade decorre de outra disposição expressa para os procedimentos específicos (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 436), no que é acompanhado por Morgana Galio (GALIO, Morgana Henicka. *Overruling: a superação do precedente no direito brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 168-169).

¹⁰³ “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 58-59).

dessas questões jurídicas. Por isso, a existência de um precedente vinculante implica uma redução da extensão do âmbito de cognição judicial. Diz-se que, no plano da extensão, a cognição pode ser plena ou limitada e corresponde à amplitude das questões que podem ser objeto de análise.¹⁰⁴ Via de regra, o procedimento comum possui cognição plena, entendida como a ausência de limitação quanto à matéria a ser posta sob apreciação. Contudo, a existência de precedente vinculante ou a consideração de um provimento imutabilizado pela coisa julgada material podem ser vistos como exemplos de pontuais limitações a essa cognição.

Da mesma forma como questões de fato estão fora do âmbito de análise de um recurso extraordinário¹⁰⁵, ou a questão acobertada pela coisa julgada material está fora de discussão em novo processo, a correteza das razões jurídicas do precedente já não se encontra no campo de cognição do magistrado ao enfrentar a aplicabilidade de um precedente. Assim, só se pode deixar de aplicar o precedente se verificar causa de distinção ou a sua superação por outro. Fora destas legítimas hipóteses, só há a falta de fundamentação e conseqüente decretação de nulidade.

O dever de observância das decisões e enunciados de súmula do art. 927 é aplicável mediante a necessidade do julgador – sob pena de nulidade por falta de fundamentação – contrastar o caso precedente com o caso presente e, se não encontrar razão para diferenciá-lo ou superá-lo, aplicar a mesma solução jurídica.

Portanto, pode-se dizer que a vinculação formal de precedentes é instituída pelas regras expressas do art. 927 e pelo inciso VI do §1º do art. 489.¹⁰⁶ Enquanto aquelas são as normas cogentes que estabelecem a observância obrigatória de certas decisões judiciais (incisos I a V), o

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. p. 445.

¹⁰⁵ Necessária a advertência de que é tecnicamente equivocada a afirmação de que é vedado ao STF e STJ o conhecimento de fatos no recurso extraordinário ou especial. Como aponta Daniel Mitidiero, a vedação é de “reexaminar a prova dos autos a fim de outorgar nova valoração probatória aos fatos. [...] devem receber a causa e julgá-la admitindo os fatos tal como estimados pela decisão recorrida” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes supremas*. p. 91).

¹⁰⁶ Ainda que sob um viés crítico, Leonard Schmitz também chega a essa conclusão em SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 332.

inciso VI do art. 489, §1º fixa o *dever* atribuído ao julgador de “enfrentar” o precedente invocado pela parte¹⁰⁷ e justificar a sua não aplicação – demonstrando a diferenciação do caso presente ou a superação do caso precedente, sob pena da decisão ser considerada nula por falta de fundamentação.

Agora seguramente se pode retomar o conceito de precedente exposto anteriormente. Como dito, seguir precedentes pressupõe adotar o entendimento passado independentemente do julgador concordar com as razões ali expostas.¹⁰⁸ O elemento preponderante é justamente a *tomada* da decisão precedente, que já dá razões suficientes para o julgador seguir o mesmo entendimento sem reenfruntá-lo, baseado na racionalidade do sistema jurídico, na segurança jurídica e na garantia de igualdade dos jurisdicionados.

O art. 927 elenca essas decisões de especial importância a serem aplicadas como precedentes. Ao magistrado, é sempre autorizado aprender com o passado (adotando entendimentos passados), mas no

¹⁰⁷ Lucas Buril de Macêdo descreve a atividade da parte de levantamento do precedente e seu cotejo com o caso concreto como um ônus argumentativo – entendido ônus como situação de vantagem a ser exercitado pelo sujeito a fim de obter um resultado vantajoso – a que o juiz deve responder por meio da fundamentação: “A argumentação no sentido do precedente é um ônus. Isso significa que a parte, ao tecer suas razões, tem o ônus de avaliar a aplicabilidade dos precedentes que entender relevantes” (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 392).

¹⁰⁸ Ronaldo Cramer escreve que: “a força vinculante não tem relevância se o magistrado concorda com o precedente, pois, nesse caso, a aplicação do precedente ocorre, antes de tudo, pela vontade do juiz. Essa força se justifica na hipótese de o magistrado discordar do precedente” (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. p. 139). Também Schauer diz o seguinte: “It is one thing for a public official or lower court judge to believe that the best understanding of the principle of freedom of speech permits the advocacy of racial hatred. It is quite another to conclude that advocacy of racial hatred is to be permitted in the United States because the Supreme Court said so in *Brandenburg v. Ohio*. In the former the substantive reasons are doing the work, while in the latter it is authority pure and simple. A lower court judge must follow *Brandenburg* even if he thinks it mistaken and even if his own legal analysis leads him to conclude that advocacy of racial hatred is not constitutionally protected. The precedent is cloaked with authority, and so the judge is obliged to obey it regardless of what he thinks of its soundness.” (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. p. 68).

caso das decisões e enunciados de súmula do art. 927, deve obrigatoriamente seguir o passado, a não ser que identifique razões para o seu afastamento (diferenciação ou superação¹⁰⁹).

Veja-se que as decisões e súmulas do art. 927 não “são” precedentes, por natureza. O modo de aplicação de suas razões pelo Código é que as qualifica como tal quando arguidas em um caso posterior, pois são eventos passados obrigatoriamente considerados (“observados”) no caso presente e que devem ser seguidos, independentemente de uma reanálise da correção de suas razões de mérito (arts. 927 c/c 489, §1º, do CPC). Este raciocínio, na verdade, afirma o próprio sentido de trabalhar-se com precedentes vinculantes: o dever do julgador de levar o precedente em consideração, quando da tomada de novas decisões (seja para aplicá-lo, seja para descartá-lo).¹¹⁰

Por essa razão, este trabalho irá qualificar enunciados de súmula como “precedentes” quando referido esse específico regime de utilização, uma vez que o Código de Processo Civil assim qualifica a aplicação dos seus enunciados, por meio dessa observância obrigatória

¹⁰⁹ Ambos estes assuntos são discutidos no capítulo 2 do presente estudo, itens 2.1 a 2.4.

¹¹⁰ Como aponta Neil Duxbury: “Precedentes muitas vezes orientam a tomada de decisões precisamente porque eles operam como tipos de razões. Além disso, porque eles funcionam como razões é que às vezes não orientarão a tomada de uma decisão: um tribunal, isto é, pode determinar que a razão que um precedente oferece para decidir um caso de uma forma particular é derrotada por uma razão contrária mais forte. Aqui, ao que parece, descobrimos o verdadeiro significado da “vinculação a precedentes”: os tribunais podem não estar obrigados a seguir as decisões anteriores de tribunais (normalmente) superiores sobre os mesmos fatos, mas quando confrontados com tais decisões, eles são obrigados a lidar com elas de alguma forma.” No original: “*Precedents often guide decision making precisely because they operate as types of reasons. It is because they operate as reasons, furthermore, that they sometimes will not guide decision-making: a court, that is, might determine that the reason which a precedent offers for deciding a case in a particular way is defeated by a stronger contrary reason. Here, it seems, we discover the real meaning of ‘binding precedent’: courts might not be bound to follow the earlier decisions of (usually) superior courts on the same facts but, when confronted with such decisions, they are obliged to deal with them somehow.*” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 109).

que os aproxima do raciocínio de aplicação de precedentes em seguir o passado.

Há quem sustente que a instituição da obrigatoriedade de precedentes (vinculação formal) por legislação infraconstitucional tenha incorrido em vício de inconstitucionalidade.¹¹¹ Em síntese, o fundamento apontado é que a vinculação a uma decisão de órgão superior deve necessariamente estar prevista na Constituição Federal, como ocorreu com a súmula vinculante ou com os julgamentos de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Porém, esse argumento não se sustenta, por diversas razões.

Primeiro porque, como dito, a vinculação formal é instituída sobretudo pelo art. 489, §1º, VI, CPC/15, que trata do dever de motivação das decisões judiciais previsto na CF, no art. 93, IX.

Tal dispositivo apenas densificou esse dever constitucional de fundamentação (identificado por vezes como garantia constitucional¹¹²). A previsão constitucional de um direito, de uma garantia ou de um dever não desautoriza o legislador infraconstitucional em tratar dessa matéria. Este é o fenômeno da concretização constitucional descrito por José Gomes Canotilho.¹¹³

Ao legislador infraconstitucional, cabe a tarefa de também interpretar a Constituição e concretizar seu conteúdo por meio da legislação (tal como cabe ao Poder Judiciário concretizá-la em nível do caso concreto). A adoção da regra do art. 489 do CPC/15 encontra-se

¹¹¹ Nesse sentido, ver: LENZA, Pedro. *Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>>. Acesso em: 14 jun. 2016; e ABOUD, Georges; DE ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 859; ROSSI, Júlio César. *Precede ntes à brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 336.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 665; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 485 a 538*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 101-102.

¹¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. p. 1215.

nesse espectro de conformação típico dessa atividade interpretativa, sobretudo por tratar-se de extensão desse dever fundamental do Poder Público.

Não é necessário averiguar as razões de aprovação de uma lei para identificar nela texto cogente, objeto de interpretação a obrigar e desobrigar os cidadãos. As justificativas são relevantes para interpretar a lei, mas nunca condicionam seu conteúdo. Isto se dá pela legitimidade democrática das decisões políticas, a incluir a aprovação das leis (abstratas e cogentes). A atividade judicante, por outro lado, através da fundamentação presta contas pela parcela de poder exercido.¹¹⁴ Daí a razão para identificar-se na fundamentação a própria razão de legitimidade da jurisdição em um Estado Democrático.¹¹⁵

É por meio da fundamentação que se tem garantida a imparcialidade do julgador e a própria legalidade da decisão, pois é somente por meio dos motivos apresentados que se pode aferir a conformidade da decisão com a lei e a ausência de arbitrariedade.¹¹⁶ Também é por meio da fundamentação que o contraditório é plenamente concretizado, com a resposta jurisdicional às razões apresentadas pelas partes, onde se pode verificar “se e em que medida o juiz levou em

¹¹⁴ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. p. 212.

¹¹⁵ “A garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um processo de controle, permitindo, inclusive, a eventual impugnação. Daí a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas (CF, art. 93, IX). E motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes. A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 242-243). No mesmo sentido, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 107-108; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 125-126; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. p. 184-185.

¹¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia do Estado de Direito. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.p. 87-88.

conta ou negligenciou o material oferecido pelos litigantes”.¹¹⁷ O controle das decisões, por isso, é sempre e inexoravelmente feito por meio do controle da fundamentação.¹¹⁸

As previsões do art. 489 do CPC não são incompatíveis com o dever de fundamentação do art. 93, IX, CF. O legislador não falseou ou restringiu a regra de motivação das decisões judiciais (o que aí sim poderia ser visto como contrastante com a Constituição). Justo o contrário, o dever de fundamentação foi mais bem explicitado – regulamentado – em nível infraconstitucional para prover uma resposta ainda mais adequada às demandas dos jurisdicionados.

Ainda sobre a inconstitucionalidade aventada, em segundo lugar importa anotar que as hipóteses de vinculação entabuladas na Constituição (ações de controle concentrado, súmula vinculante) não desautorizam os dispositivos do CPC/15. A vinculação formal atribuída à aplicação conjunta dos arts. 927 e 489, §1º, V e VI, do CPC não tem paralelo na Constituição. São fenômenos radicalmente diferentes: a atribuição do efeito vinculante aos julgamentos em controle concentrado de constitucionalidade e a atribuição da obrigação de enfrentamento do precedente no CPC/15.¹¹⁹

No CPC/15, há apenas a conformação do dever de motivação das decisões jurisdicionais estatais em um nível mais apurado, que já seria plenamente extraível do próprio art. 93, IX, da CF¹²⁰ e da garantia do

¹¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia do Estado de Direito. In: *Temas de direito processual: segunda série*. p. 88.

¹¹⁸ “Sob o ponto de vista técnico, a alusão às razões de decidir, por outro lado, importa permitir o controle crítico da sentença, para a exata determinação do conteúdo da vontade do juiz e, conseqüentemente, para a verificação dos limites do julgado. [...] Como é observar-se, somente tendo ciência dos fundamentos do decidido é que o interessado poderá interpor recurso de modo adequado. Assim também nesse caso, o órgão ad quem pode controlar com mais rigor a legalidade e a justiça dos atos decisórios submetidos a reexame” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 485 a 538. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 105-106).

¹¹⁹ Remete-se o leitor ao item 1.3 deste estudo, onde esse assunto será mais bem explanado ao falar-se das específicas hipóteses de decisões vinculantes do art. 927.

¹²⁰ Como reconhecem: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC* –

contraditório e do devido processo legal. É totalmente diferente do instituto da súmula vinculante, por exemplo, que vincula não apenas julgadores mas a própria atividade administrativa (executiva) dos três poderes. Os precedentes são voltados apenas aos julgadores, que devem se desincumbir do enfrentamento das razões dos precedentes trazidos pelas partes, enquanto caminho para sua decisão. Dessa forma, é insustentável supor que será inconstitucional a previsão de que os tribunais e juízes devam respeitar as decisões dos tribunais superiores. Os precedentes manifestam igualdade perante as decisões, e julgar inconstitucional essa providência seria propor aos tribunais um direito à prolação de decisões injustas.

Entendido do que se trata o dever de observância inscrito no art. 927 e o necessário enfrentamento do precedente de acordo com o art. 489, § 1º, VI, pode-se seguir adiante. Advirta-se, desde já, que as razões aqui sustentadas não tornam o precedente automaticamente aplicável e nem transformam o julgador num autômato, um mero “boca-da-súmula”.¹²¹ Como dito, o precedente retorna a condição de texto, para sempre ser interpretado pelo magistrado do caso presente. O detalhe é que essa interpretação encontra limite nas razões discutidas e derrotadas no precedente, e que já não podem ser utilizadas de maneira juridicamente válida.

As razões do precedente têm força obrigatória, justamente porque o magistrado apenas pode não aplicá-las quando fundamentar seu afastamento em causa de diferenciação ou de superação do entendimento.

1.2.3 Os fundamentos determinantes do precedente

Tão importante quanto compreender o sentido de observar o conteúdo do precedente – arts. 927 c/c 489, § 1º, V e VI, CPC/15 –, é saber exatamente quais raciocínios jurídicos tomados no precedente

Fundamentos e sistematização. p. 302; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a ratio decidendi sem rediscuti-la. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 258, p. 343, ago. 2016.

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o sistema (sic) de precedentes no CPC?* 18/08/2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

passam a constituir essa referência obrigatória para os casos análogos que se seguirem. Quais os limites objetivos da vinculação proveniente de uma decisão tida por vinculante?¹²²

A utilização de um precedente, enquanto razão de decidir, pressupõe a realização de um raciocínio por analogia, em que é identificada no precedente uma proposição jurídica que será aplicada para resolver o caso presente. Para respeitar a racionalidade do sistema jurídico, como se viu, esta proposição jurídica deve ser universalizável na medida em que possa ser adotada em todos os casos subsequentes em que as mesmas condições jurídicas sejam verificadas (regra da Justiça formal).¹²³

O novo Código de Processo Civil faz referência à ideia de “fundamentos determinantes” da decisão. Esta seria a porção da decisão capaz de ensejar o efeito de observância obrigatória, sob pena de nulidade por falta de fundamentação. A expressão é utilizada tanto no inciso V, do art. 489, §1º, quando fala em identificar os fundamentos determinantes do precedente, para justificar adequadamente a aplicação do precedente, quanto no §2º do art. 979, ao exigir que constem em registro eletrônico os fundamentos determinantes dos julgamentos de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, para fins de possibilitar a identificação dos casos abrangidos. Em diversos outros artigos o Código fala em “tese jurídica”, no sentido de um produto do julgamento de determinados procedimentos.¹²⁴ Daí advém a menção à possibilidade de controle por reclamação da boa aplicação destas teses (art. 988, §4º, do CPC/15).

No sistema brasileiro – de primazia da lei enquanto fonte do Direito – sempre coube aos tribunais conhecerem os fatos e a eles conferirem as consequências previstas na legislação. A decisão judicial é vista como um instrumento para resolver um litígio *inter partes*, entregando a interpretação adequada da lei (abstrata) para o caso

¹²² Ou em termos mais diretos: “o que vincula no precedente vinculante?” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. p. 441).

¹²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. p. 25.

¹²⁴ São exemplos os arts. 12, §2º, II, 311, II, 927, §2º, §4º, 947, §3º, 955, II, 976, IV, 978, parágrafo único, 979, §2º, 985, 986, 987, 1.022, parágrafo único, I, 1.039, 1.040, do novo Código de Processo Civil.

(concreto), sem a função diretiva que sempre exerceram os precedentes nos países que adotam o *stare decisis*.¹²⁵

No Brasil, estamos acostumados a dividir os “requisitos da sentença” (art. 462 do CPC/73) em relatório, fundamentação e parte dispositiva. Esta classificação sempre foi útil à delimitação da coisa julgada (que dá estabilidade e imutabilidade ao provimento jurisdicional pensado sob a exclusiva perspectiva do caso concreto), porém em nada nos ajuda quando precisamos extrair agora estes fundamentos determinantes de um julgado.¹²⁶ No dispositivo, é descrita a procedência / improcedência de determinado pedido, ou o provimento / desprovimento de determinado recurso, e isto não tem qualquer relevância para quem deva identificar fundamentos determinantes de um precedente a ser aplicado.¹²⁷

A teoria da transcendência dos motivos determinantes, aplicada durante alguns anos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DE OLIVEIRA, Pedro Miranda (Orgs.). *Novas tendências do processo civil*:p. 822.

¹²⁶ “A *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados ‘requisitos da sentença’, ela certamente é ‘algo mais’. E isso simplesmente porque, na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material –, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DE OLIVEIRA, Pedro Miranda (Orgs.). *Novas tendências do processo civil*. p. 813).

¹²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. p. 441-442.

juízo de reclamações constitucionais (art. 102, I, 'l', da CF), talvez seja a experiência mais próxima pela qual passou o sistema jurídico brasileiro com o exercício de delimitação de “fundamentos determinantes” ou de uma “tese jurídica” (e não apenas da coisa julgada). Nos julgados em que foi aplicada essa teoria¹²⁸, entendia-se que não apenas o descumprimento à parte dispositiva da decisão ensejaria a admissibilidade da reclamação, como também o desrespeito aos seus motivos determinantes.¹²⁹

Agora se faz necessário retomar esta discussão com toda força. Para sermos capazes de fomentar uma cultura de valorização de precedentes vinculantes, é indispensável procurar chegar-se aos fundamentos determinantes dos julgados. Pensar em precedentes vinculantes ainda adstrito às categorias de relatório, fundamentação e parte dispositiva da decisão é um convite ao erro.

Nos países de tradição do *common law*, onde está desenvolvida a doutrina do *stare decisis*, encontrou-se o limite da eficácia vinculante dos precedentes (*binding effect*) nos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Literalmente consideradas, estas expressões latinas correspondem, respectivamente, às “razões de decidir” (ou “razões da decisão”) e ao que “foi dito de passagem” pelo julgador.¹³⁰ Diz-se que o que é *ratio decidendi* vincula, enquanto o que é *obiter dictum* não¹³¹

¹²⁸ Tais como os seguintes: STF, Tribunal Pleno, Rcl 2.363, rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 23/10/2003, DJe 01/04/2005; STF, Tribunal Pleno, Rcl 1987, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 01/10/2003, DJe 21/05/2004; STF, Tribunal Pleno, Rcl 4906, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 17/12/2007, DJe 10/04/2008.

¹²⁹ Mais recentemente (20/03/14), o STF concluiu o julgamento da Reclamação 4.335, onde, sobretudo no voto do Min. Teori Zavascki, é reconhecido o efeito expansivo das decisões do STF em diversos casos, demonstrando claramente a aproximação cada vez mais significativa a um sistema que aceite e trabalhe com a vinculação de precedentes (STF, Tribunal Pleno, Rcl 4335, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/03/2014, DJe 21/10/2014, voto do Min. Teori Zavascki).

¹³⁰ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 67-68.

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 222; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. p. 125; e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito, In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 43.

(possuindo mero efeito persuasivo). São atribuições de sentido mutuamente excludentes dentro da decisão. Isto é, o que é *ratio* não é *dicta* e vice-versa.

Até aí não há grandes problemas. A questão tormentosa no *common law* é justamente o método de identificação da *ratio* (e, por exclusão, da *dicta*) no caso concreto.¹³²

O conceito de *ratio decidendi* considerado clássico¹³³, cunhado por Eugene Wambaugh ainda no século XIX, identifica o elemento vinculante do precedente (*ratio decidendi*) como a “regra geral sem a qual o caso seria decidido em contrário”.¹³⁴ Em semelhante sentido, John Chipman Gray afirmou tratar-se de um “fundamento cuja adoção é necessária para a decisão de um caso concreto”.¹³⁵ Rupert Cross a identifica como “qualquer regra de direito expressa ou implicitamente considerada pelo juiz como um passo necessário à sua conclusão, considerando a linha de raciocínio adotada”.¹³⁶ Esses autores associam a *ratio* à ideia de necessariedade, identificando-a com a linha de raciocínio indispensável (necessária) ao alcance da conclusão do precedente.

Nesse sentido, é o famoso teste de Wambaugh. Para verificar se determinada proposição constitui *ratio* ou *dicta*, o autor propõe a inserção de uma palavra que inverta o sentido do raciocínio. Caso o resultado do julgamento permaneça inalterado, tem-se que o raciocínio

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 223; DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 78.

¹³³ SCOFIELD, Robert G. Goodhart’s concessions: defending ratio decidendi from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century. *King’s College Law Journal*, v. 16, 2005, p. 312.

¹³⁴ Tradução livre do original: “general rule without which the case must have been decided otherwise” (WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*. Boston: Little, Brown and Company, 1894. p. 18).

¹³⁵ Tradução livre do original: “opinion the formation of which is necessary for the decision of a particular case” (GRAY, John Chipman. *The nature and the sources of law*. New York: Columbia University Press, 1909. p. 246).

¹³⁶ Tradução livre do original: “any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him” (CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. p. 75).

testado é apenas *obiter dictum* e não *ratio decidendi*.¹³⁷ Este teste, contudo, atualmente é apontado como falho pela doutrina contemporânea do *common law*¹³⁸, principalmente considerando decisões com mais de um fundamento independente capaz de sustentar a conclusão final. Nestes casos, nunca qualquer um dos raciocínios seria considerado necessário à conclusão, pois na falta de um tem-se o outro. Aplicado o teste, concluiríamos que os precedentes com mais de um fundamento nunca teriam *ratio decidendi*. Isto denota uma contradição lógica do teste, pois um único fundamento provoca a força vinculante do precedente, enquanto dois ou mais não. Mais fundamentos favoráveis, em última análise, prejudicariam a força da tese vencedora.

No começo do século XX, outra teoria para identificação da *ratio* é trazida por Herman Oliphant, ligada ao realismo jurídico americano. Para o autor, a *ratio* não se encontraria nas razões de decidir do juiz (*opinion*), que, na verdade, não teriam qualquer importância para sua identificação. O que importaria para identificação da *ratio* seriam unicamente os fatos considerados pela corte e o resultado de julgamento obtido.¹³⁹ Os fatos (estímulos) e a decisão (resposta) da corte seriam combinados para alcançar-se a *ratio decidendi* do precedente.¹⁴⁰ Para Oliphant, o importante é o que o juiz faz e não o que diz.¹⁴¹

¹³⁷ WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*. p. 17.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 224.

¹³⁹ Tradução livre: “Mas há uma constante nos casos que é susceptível de estudo satisfatório. O elemento previsível em tudo isso é o que os tribunais fizeram em resposta aos estímulos dos fatos dos casos concretos que lhes foram submetidos. Não as opiniões dos juízes, mas de que maneira eles decidem os casos, deverá ser tema dominante de qualquer estudo verdadeiramente científico da lei.” No original: “But there is a constant in the cases which is susceptible of sound and satisfying study. The predictable element in it all is what courts have done in response to the stimuli of the facts of the concrete cases before them. Not the judges’ opinions, but which way they decide cases, will be dominant subject matter of any trully scientific study of law” (OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. *American Bar Association Journal – ABAJ*, v. 14, p. 159, 1928).

¹⁴⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. p. 127.

¹⁴¹ GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, v. XL, n. 2, p. 168, dez. 1930.

Arthur L. Goodhart foi um grande crítico da teoria de Oliphant e escreveu um dos textos mais importantes do século XX sobre o tema da identificação da *ratio*.¹⁴² Para Goodhart, a teoria de Oliphant é demasiadamente simplista, pois o juiz não baseia sua decisão em todos os fatos postos, mas apenas nos fatos considerados por ele como fundamentais (*material facts*). Segundo Goodhart, ignorar esta seleção de fatos é um equívoco, pois o sistema de precedentes não teria sentido se aceitássemos a conclusão do juiz ignorando a sua visão sobre os fatos postos – quais foram determinantes e quais foram completamente irrelevantes à tomada da decisão.¹⁴³

Goodhart também critica a teoria dita “clássica”, pois (a) todo o caso deve ter uma *ratio*, independentemente da existência de expressas razões de decidir dadas pelo julgador e; (b) se considerada abstratamente a fundamentação dada – sem a ênfase nos específicos fatos debatidos –, o princípio vinculante facilmente poderia ser excessivamente amplo ou estreito.¹⁴⁴

Para Goodhart, a *ratio decidendi* (denominada pelo autor como “*the principle of a case*”) é encontrada tendo em conta: (a) os fatos considerados fundamentais (*material facts*) pelo juiz; e, (b) a decisão tomada, baseada nestes fatos.¹⁴⁵

A semelhança com a teoria de Oliphant restringe-se à centralização do problema da identificação da *ratio* nos fatos do precedente. Contudo, enquanto Oliphant propõe a consideração de todos os fatos indistintamente, Goodhart sustenta a necessidade de identificar quais fatos realmente importam à tomada da decisão (“*What facts are we talking about?*”).¹⁴⁶

¹⁴² Ver GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, v. XL, n. 2, p. 161-183, dez. 1930.

¹⁴³ GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, v. XL, n. 2, p. 161-183, dez. 1930.

¹⁴⁴ GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, v. 22, n. 2, p. 121, mar. 1959.

¹⁴⁵ GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, v. XL, n. 2, p. 182, dez. 1930.

¹⁴⁶ Nas palavras do próprio Goodhart: “*Unfortunately I believe that there is a fallacy in Professor Oliphant's argument which will prevent our following this conveniente course. The fallacy lies in suggesting that the facts of a case are a constant factor, that the judge's conclusion is based upon the fixed premise of a given set of facts. We do not have to be philosophers to*

realize that facts are not constant but relative. The crucial question is "What facts are we talking about?" The same set of facts may look entirely different to two different persons. The judge finds his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a larger mass of facts, some of which might seem significant to a layman, but which, to a lawyer, are irrelevant. The judge, therefore, reaches a conclusion upon the facts as he sees them. It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others. It follows that our task in analyzing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. It is by his choice of the material facts that the judge creates law. A congeries of facts is presented to him; he chooses those which he considers material and rejects those which are immaterial, and then bases his conclusion upon the material ones. To ignore his choice is to miss the whole point of the case. Our system of precedent becomes meaningless if we say that we will accept his conclusion but not his view of the facts. His conclusion is based on the material facts as he sees them, and we cannot add or subtract from them by proving that other facts existed in the case. It is, therefore, essential to know what the judge has said about his choice of the facts, for what he does has a meaning for us only when considered in relation to what he has said. A divorce of the conclusion from the material facts on which that conclusion is based is illogical, and must lead to arbitrary and unsound results." Tradução livre: "Infelizmente eu acredito que há uma falácia no argumento do professor Oliphant que impedirá nosso aceite a esse caminho conveniente. A falácia consiste em sugerir que os fatos de um caso são um fator constante, que a conclusão do juiz é baseada na premissa fixa de um dado conjunto de fatos. Nós não temos que ser filósofos para perceber que os fatos não são constantes, mas relativos. A questão crucial é: "De que fatos estamos falando?" O mesmo conjunto de fatos pode parecer completamente diferente para duas pessoas diferentes. O juiz funda suas conclusões sobre um conjunto de fatos selecionados por ele como materiais em um conjunto maior de fatos, alguns dos quais podem parecer significativos para um leigo, mas que, para um advogado, são irrelevantes. O juiz, portanto, chega a uma conclusão sobre os fatos como ele os vê. É nesses fatos que ele baseia seu julgamento, e não em qualquer outro. Segue-se que nossa tarefa na análise de um caso não é declarar os fatos e a conclusão, mas declarar os fatos materiais tal como vistos pelo juiz e sua conclusão baseada neles. É por sua escolha dos fatos materiais que o juiz cria a lei. Uma coleção de fatos é apresentada a ele; Ele escolhe aqueles que considera materiais e rejeita aqueles que são imateriais, e depois baseia sua conclusão sobre os fatos considerados materiais. Ignorar sua escolha é não entender todo o ponto do caso. Nosso sistema de precedentes se torna sem sentido se dizemos que aceitaremos sua conclusão, mas não sua visão dos fatos. Sua conclusão é baseada nos fatos materiais como vistos, e não podemos somar ou subtrair desses fatos provando que

Se Oliphant diria que a *ratio decidendi* de um caso são os fatos presentes ‘a’, ‘b’ e ‘c’, mais o resultado ‘x’, Goodhart buscaria destilar desses fatos quais realmente exerceram influência no convencimento do julgador, se todos ou apenas um ou dois. Daí é extraída a porção vinculante do precedente por essa teoria. Para Goodhart, a fundamentação da decisão, embora não compreenda a *ratio decidendi* (pois esta está nos fatos), é imprescindível justamente para fazer a correta seleção dos fatos tidos pelo juiz como fundamentais (*material facts*).¹⁴⁷

Independentemente da adoção de qualquer dessas teorias, a discussão acerca da definição e diferenciação da *ratio/dicta* é absolutamente central ao sistema de precedentes adotado nos países de *common law*, uma vez que é por meio dela que é identificada a porção vinculante da decisão, base de todo o sistema da *doctrine of stare decisis*.

Mas de que forma o direito brasileiro pode aproveitar essas conclusões a fim de encontrar os chamados fundamentos determinantes do precedente? Melvin Eisenberg vai sistematizar o problema da identificação da *ratio* em três grupos de teorias.¹⁴⁸

Primeiro, o grupo de teorias que ele vai chamar de “abordagem minimalista” (*minimalist approach*), pela qual procura-se reduzir as razões do precedente ao mínimo possível para identificar sua porção vinculante. Aqui ele faz referência claramente à ideia da necessariedade identificável nas teorias de Chipman Grey, Wambaugh e Cross. Entretanto, até a teoria de Simpson pode ser rotulada como minimalista, pois a ideia central da abordagem é a redução das razões, o que Simpson também faz, apenas tendo por limite a suficiência em vez da necessariedade.

outros existiam no caso. É, portanto, essencial saber o que o juiz disse sobre sua escolha dos fatos, pois o que ele faz tem um significado para nós somente quando considerado em relação ao que ele disse. O divórcio da conclusão com os fatos materiais em que se baseia esta conclusão é ilógico e deve conduzir a resultados arbitrários e incorretos” (GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, v. XL, n. 2, p. 168, dez. 1930).

¹⁴⁷ GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, v. 22, n. 2, p. 119, mar. 1959; DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 82-83.

¹⁴⁸ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 52.

Em segundo lugar, Melvin Eisenberg fala das teorias de “abordagem centrada no resultado” (*result-centered approach*). Aqui, tal como nas teorias de Oliphant e Goodhart, os fatos passam a ser mais importantes do que as razões dadas para justificar o resultado do julgamento. Mais importante do que o que o tribunal disse é o que o tribunal fez. Parte-se da premissa de que, a partir dos fatos do precedente (ou de uma seleção deles), determinado resultado deve ser alcançado. Daí extrai-se a *rule (ratio)*.

Ambas essas abordagens – que abrangem todas as teorias descritas até aqui – depositam a responsabilidade da definição da *ratio* sempre na corte presente, que deve, a partir da análise do caso precedente, construir a *ratio decidendi*, seja a partir de uma redução de suas razões (abordagem minimalista), seja a partir de uma seleção de seus fatos em cotejo com a solução obtida (abordagem centrada no resultado).

Melvin Eisenberg apresenta uma terceira linha de abordagem, que chamará de abordagem de anúncio (*announcement approach*).¹⁴⁹ Aqui a *ratio* (ou os fundamentos determinantes) consiste simplesmente na regra jurídica anunciada pela corte precedente. Em contraste com as anteriores, esta linha de abordagem autoriza a compreensão de que a própria corte precedente, desde o momento da tomada da decisão, já defina quais de fato foram os fundamentos determinantes de sua decisão. Isto é dizer que esta abordagem não deposita a responsabilidade de construção da *ratio* na corte presente, pressupondo apenas que ela deva tomar como vinculante (observar) a regra já anunciada, quando o precedente foi prolatado.

Esta abordagem só tem utilidade quando de fato há a anúncio de uma regra pela corte precedente. Se a corte precedente não explicita nenhuma regra clara com o julgamento, não há regra anunciada para servir de *ratio prima facie*, o que força a corte presente a adotar uma das duas abordagens anteriores, a fim de delimitar a porção vinculante do precedente.

Nesse sentido, Melvin Eisenberg associa a *announcement approach* ao modelo de atuação dos tribunais de enriquecimento do direito, pois a preocupação de anunciar regras a fim de regular outros casos é típica de tribunais com esta incumbência – o que é comparável à função evocada por Marinoni e Mitidiero dos tribunais superiores

¹⁴⁹ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 54-56.

(Cortes Supremas), de dar unidade ao Direito.¹⁵⁰ Isso em contraste às abordagens “minimalista” e “centrada no resultado”, que são associadas ao modelo de formulação de regras apenas como um subproduto à resolução de litígios (*by-product model*), pois sua utilização independe da corte precedente ter fixado regra expressa para servir de guia a outros casos.

E é neste ponto que a tradição jurídica brasileira nos ajuda a compreender o quão a abordagem de anúncio pode nos ser útil na aplicação do novo Código de Processo Civil e na utilização de precedentes.

Nossos tribunais, em diversos procedimentos, já anunciam “teses”, acerca das quais há a pretensão de replicabilidade para casos análogos. É o caso dos julgamentos de recursos especiais ou extraordinários repetitivos (art. 1.038, §3º, CPC/15); incidentes de assunção de competência (art. 947, §3º, CPC/15); incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 985 e seguintes do CPC/15); ou mesmo da aprovação de súmulas vinculantes e não vinculantes. Também nos julgamentos de recursos extraordinários, o STF tem se preocupado em assentar teses jurídicas vinculadas aos temas selecionados (por exemplo, RE 841.526 ou RE 598.572, ambos julgados em 30/03/16). Da mesma forma, quando o plenário entende ausente a repercussão geral no caso, o “tema” abordado serve de norte para repelir casos análogos de nova incursão no STF.

Aplicada a *announcement approach* ao Direito brasileiro, concluiríamos que os “fundamentos determinantes” (*ratio*) para fins do art. 489, §1º do CPC são: (1) as teses em repercussão geral dos julgamentos de recursos extraordinários; (2) os próprios enunciados das súmulas, vinculantes ou não vinculantes; (3) as teses fixadas nos acórdãos de julgamentos repetitivos (art. 928, CPC/15).

Julgados que não detenham esta clara fixação de uma “tese” ou “regra”, ainda demandarão necessariamente a adoção de alguma das abordagens *construtivas* da *ratio*, o que não impede que a corte precedente, mesmo em um julgamento sem previsão da aprovação de “tese jurídica”, fixe desde pronto a regra universalizável que pretende ver aplicada em casos futuros.

Nesse sentido, o STF tem discutido também a fixação de tese jurídica em procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade, como foi aventado nos debates orais durante o

¹⁵⁰ Ver subitem 1.1.3 deste estudo.

juízo da ADI 4.697 em 30/06/16¹⁵¹, e já realizado em algumas oportunidades, sobretudo quando utilizada a técnica de decisão da interpretação em conformidade com a Constituição.¹⁵²

Tanto Frederick Schauer¹⁵³ quanto Melvin Eisenberg¹⁵⁴ afirmam que, na imensa maioria dos casos, é exatamente isso que acontece na experiência americana, o que diminui drasticamente os problemas decorrentes da definição da *ratio decidendi*.

Entretanto, esta predefinição não diminui de nenhuma maneira a tarefa interpretativa da corte presente no caso sob julgamento. Primeiro, porque a definição dos fundamentos determinantes (*ratio*) não exaure por si só a aplicação do precedente. Caberá sempre à corte presente interpretar esses fundamentos determinantes a fim de verificar se são aplicáveis ou não para resolver o problema presente. Conforme já

¹⁵¹ Conforme relatado por Barroso e Mello em: BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, n. 3, p. 27, jul./set. 2016. O julgamento foi finalizado em 06/10/16, nos termos do voto do relator Min. Edson Fachin cujo acórdão ainda pende de publicação.

¹⁵² Veja-se a parte dispositiva do julgamento de mérito da ADI 5.081/DF, onde em meio ao juízo de inconstitucionalidade de dispositivos de Resolução do TSE, decidiu-se “conferir interpretação conforme à Constituição ao termo “suplente”, constante do art. 10, com a finalidade de excluir do seu alcance os cargos do sistema majoritário. Fixada a tese com o seguinte teor: “A perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”, nos termos do voto do Relator” (STF, Tribunal Pleno, ADI 5081, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/05/2015, DJe 18/08/2015).

¹⁵³ “[...] in the overwhelming majority of cases the precedent court not only gives us facts and the outcome, or conclusion, but also tells us *why* it reached the conclusion it did. In other words, the question is not so much one of extracting the *ratio decidendi* from a case as of simply reading what the court said the *ratio decidendi* was.” Tradução livre: “Na esmagadora maioria dos casos, a Corte precedente não só nos dá fatos e o resultado, ou conclusão, mas também nos diz por que chegou à conclusão alcançada. Em outras palavras, a questão não é tanto extrair a *ratio decidendi* de um caso como de simplesmente ler o que o tribunal disse que a *ratio decidendi* foi” (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. p. 52-53).

¹⁵⁴ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 55.

explicado, a norma insculpida no precedente – para resolução daquele caso –, quando retomada enquanto fundamento para a solução de um caso seguinte, retorna ao estado de texto, a ser novamente interpretado a fim de construir a norma aplicável ao caso.

Adotar os fundamentos determinantes anunciados pela corte prolatora do precedente apenas torna estes mais precisos, pois qualquer outro julgador terá um ponto de partida comum para definição dos critérios de aplicação daquele precedente aos casos futuros.¹⁵⁵

A tarefa interpretativa sempre existe e por isso uma decisão de um caso nunca é a solução automática de outro caso.¹⁵⁶ A evocação de um precedente deve ser um ponto de partida argumentativo, nunca de chegada.¹⁵⁷

A regra anunciada pela corte precedente também não é imune a críticas pela corte presente, que pode e deve verificar se o que foi anunciado corresponde ao julgamento realizado.¹⁵⁸ A legitimidade da jurisdição é baseada na fundamentação e não pode ter sustentação uma regra anunciada que não detiver coerência com o que de fato foi julgado pela corte.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Esse ponto de partida comum é associado por Melvin Eisenberg à redução da própria discricionariedade judicial e à maior possibilidade de replicabilidade do precedente (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 63).

¹⁵⁶ RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. p. 149.

¹⁵⁷ Nesse sentido, a crítica de Dierle Nunes e outros contra a aplicação mecânica dos precedentes exposta em: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. p. 314-337.

¹⁵⁸ Sob outra perspectiva, Ronaldo Cramer adverte sobre os riscos da Corte precedente “criar a norma jurídica para além dos limites do caso concreto”: e como a parte prejudicada “pode interpor os recursos cabíveis para corrigir os excessos na formação e no uso de qualquer precedentes” (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. p. 81).

¹⁵⁹ Nesse sentido, por exemplo, o art. 926, §2º, CPC/15, prescreve que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” Caso o enunciado de súmula destoe dos casos julgados, é dever da Corte presente, por meio de fundamentação no enfrentamento do caso presente, estabelecer essa releitura da *regra anunciada* na súmula.

Da mesma forma, como a corte precedente deve justificar a regra anunciada mediante a sua fundamentação, a corte presente, ao identificar que a regra anunciada de alguma forma não corresponde ao julgamento, deve enfrentar esses argumentos a fim de afastar – ou reconstruir – a regra anunciada. Com a utilização das outras duas abordagens – minimalista e centrada no resultado – a regra anunciada pode vir a ser *transformada* pela corte presente.¹⁶⁰

Como explica Marinoni, “mesmo que a *ratio decidendi* seja instituída pelo órgão que elaborou o precedente, isso não isentará os juízes de, no futuro, compreendê-la diante dos novos casos sob julgamento”.¹⁶¹

Por fim, deve-se ter em mente também que os fundamentos determinantes, tidos por vinculantes, podem corresponder tanto a resolução de um caso como um todo, quanto a resolução de apenas uma

¹⁶⁰ “But despite its predominance the announcement approach does not describe all judicial practice. Many cases do deal with precedents in part by using moderate versions of the minimalist or result-centered approaches to reformulate the rule announced by the precedent court. More important, some cases, including a number of our most important cases, employ rigorous versions of these approaches to radically reconstruct the precedents and overturn the rule the precedents announce, while purporting to follow the precedents – a use of minimalist and result-centered approaches that I shall refer to as transformation.” Tradução livre: “Mas, apesar de sua predominância, a abordagem de anúncio não descreve toda a prática judicial. Muitos casos lidam com precedentes, em parte, usando versões moderadas das abordagens minimalistas ou centradas em resultados para reformular a regra anunciada pelo tribunal precedente. Mais importante ainda, alguns casos, incluindo alguns de nossos casos mais importantes, empregam versões rigorosas dessas abordagens para reconstruir radicalmente os precedentes e anular a regra anunciada, mesmo pretendendo seguir esses precedentes - um uso de abordagens minimalistas e centradas em resultados que chamarei de transformação” (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 55-56).

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DE OLIVEIRA, Pedro Miranda (Orgs.). *Novas tendências do processo civil*. p. 819.

específica questão jurídica¹⁶² (de direito material ou processual, incidente ao julgamento). Nosso sistema recursal é voltado para essa conclusão na medida em que os recursos excepcionais *lato sensu* atacam específicas violações de direito federal / constitucional. Também os procedimentos de resolução de casos repetitivos buscam isolar questão jurídica quantitativamente sensível. Em todos esses momentos podem ser aplicáveis precedentes vinculantes à resolução de questões que podem ser prévias ao julgamento de mérito ou não, correspondentes apenas à aferição de competência do órgão ou concernentes ao direito material de fundo.

1.3 ALCANCE DAS HIPÓTESES ESPECÍFICAS DOS INCISOS DO ART. 927 (INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DO ART. 927 E ART. 489, § 1º, V E VI, DO CPC/15)

Compreendido o sentido de enfrentar as razões de um precedente e como os seus fundamentos determinantes devem ser discutidos e aplicados ao caso presente, cabe agora identificar as específicas decisões e procedimentos que induzem os efeitos previstos no art. 489, §1º, V e VI, de cominar a sanção de nulidade por falta de fundamentação ao provimento judicial que não os enfrentar.

Como visto, a regra do sistema processual brasileiro é a eficácia persuasiva da jurisprudência. A vinculação é a exceção e o novo Código de Processo Civil, enquanto regra de direito positivo, não invalidou esta assertiva.

A vinculação no CPC/15, conforme descrita anteriormente, ainda é associada a específicos procedimentos tidos por especialmente importantes pelo sistema processual.

Não se nega a possibilidade de extensão dessa vinculatividade a outros procedimentos, como parte da doutrina tem sustentado.¹⁶³ Como dito, há razões suficientes para - em face da necessária racionalidade que deve pautar a formação do direito, valorização da igualdade, segurança jurídica e adequada compreensão da função das cortes superiores -,

¹⁶² Nesse sentido, conferir: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 257-263.

¹⁶³ Nesse sentido conferir: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil. vol. 2*. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 474; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. p. 353.

extrair diretamente uma obrigação de seguir precedentes. Contudo, a premissa do objeto de estudo aqui delimitado é situada no campo da vinculatividade formal, estabelecida pelas regras constitucionais e legais. Nesse caso, as hipóteses de incidência vinculativa do art. 927 serão tratadas como taxativas e os efeitos provenientes dessa normativa serão comparados às outras hipóteses de vinculação já existentes.

1.3.1 Decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade

O inciso I do art. 927 do CPC, agregado ao *caput*, é lido da seguinte forma: “os juízes e tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”.

Duas questões serão abordadas nesse item: 1) identificação das decisões em controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal e; 2) qual o âmbito de eficácia do disposto neste inciso¹⁶⁴, considerado o sentido de vinculação formal a precedentes expostos até aqui, e como isso se compara ao “efeito vinculante” típico de todas as ações de controle concentrado realizadas pelo STF (art. 102, §2º, 103-A, CF e art. 28, parágrafo único, da Lei Federal 9.868/99 e art. 10, §3º da Lei Federal 9.882/99).

O controle de constitucionalidade¹⁶⁵, sob o ângulo do número de órgãos que o exerce¹⁶⁶, pode ser classificado como concentrado ou difuso. É concentrado quando exercido apenas por um órgão criado especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade a sua função

¹⁶⁴ Levando em conta também posicionamentos acadêmicos no sentido de que os incisos I e II do art. 927 “não trazem nenhuma novidade para o sistema processual” (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. p. 338); Ou que “o Código de Processo Civil de 2015, ao afirmar no artigo 927 que devem ser observadas as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, apenas inseriu no ordenamento processual civil uma norma já prevista na Lei Maior desde a Emenda Constitucional 45 de 2004.” (GALIO, Morgana Henicka. *Overruling*. p. 171).

¹⁶⁵ Aqui o recorte é feito com relação ao controle jurisdicional de constitucionalidade, considerando as limitações de objeto do trabalho.

¹⁶⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 252

principal. É difuso quando a aferição da compatibilidade dos atos normativos com a Constituição é permitida a qualquer juiz ou tribunal.¹⁶⁷

É comum a suposição de que o sistema brasileiro atual, sob o ângulo do número de órgãos aptos a realizar controle de constitucionalidade, poderia ser classificado como um sistema híbrido ou misto.¹⁶⁸ Isso porque há competências específicas para o exercício da Jurisdição Constitucional no Supremo Tribunal Federal (e Tribunais Estaduais, quando o parâmetro é a Constituição Estadual¹⁶⁹), bem como a possibilidade de todo e qualquer juiz enfrentar teses de inconstitucionalidade como questões prejudiciais ao julgamento de quaisquer casos concretos.

Contudo, a classificação como híbrido (difuso e concentrado) não parece muito precisa. Isso porque a só existência da competência difusa já qualifica o sistema como difuso. A combinação da jurisdição exclusiva do STF com a possibilidade de qualquer juiz conhecer de questões constitucionais apenas fortalece a pluralidade de órgãos aptos a exercer o controle, que é justamente o critério para classificar o sistema de controle de constitucionalidade como difuso.

¹⁶⁷ O controle concentrado foi primeiramente adotado na Constituição Austríaca de 1920, por contribuição de Hans Kelsen, onde pela primeira vez foi criado um órgão específico – inclusive apartado da estrutura do Judiciário – com a específica função de retirar normas inconstitucionais do sistema jurídico. Já o controle difuso é bastante mais antigo, remontando à própria primeira concepção de um controle judicial de constitucionalidade, inaugurado pelo julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (BARROSO, Luis Roberto. *O controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46).

¹⁶⁸ Conforme sustentam: TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 103; BARROSO, Luis Roberto. *O controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro*. p. 64-67.

¹⁶⁹ Como descrito por: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Jurisdição constitucional estadual: notas para compreender a problemática no âmbito da federação brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – IBDC*, São Paulo, ano 12, n. 49, p. 50-98, out./dez. 2004.

Elival da Silva Ramos¹⁷⁰ observa que somente se poderia falar em um sistema verdadeiramente misto de controle de constitucionalidade se a inconstitucionalidade por atos omissivos do Poder Público fosse considerada uma categoria apartada. Quando a omissão inviabilizar exercício de direito, caberá mandado de injunção analisado por qualquer tribunal de acordo com a divisão de competências da Constituição, porém quando essa omissão não inviabilizar o exercício de direito fundamental (como requer o cabimento do Mandado de Injunção) – caberá somente ao STF a análise ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O sistema brasileiro é verdadeiramente híbrido quanto ao método ou modo de controle da inconstitucionalidade, pois adota tanto o controle por via principal (direta) – onde a questão constitucional é o próprio objeto do processo, questão principal – quanto por via incidental – quando a questão constitucional é apenas prejudicial à análise do mérito.¹⁷¹

A análise por via principal tem como pedido da ação a declaração de inconstitucionalidade (ou constitucionalidade no caso da ADC) de um determinado ato normativo. Não há interesses subjetivos em jogo. Aqui o texto impugnado é analisado em tese para chegar-se à conclusão sobre sua compatibilidade ou não com a Constituição.

O controle por via principal, no Brasil, é também sempre abstrato¹⁷², pois analisa a lei em tese, enquanto o controle por via incidental é chamado de concreto por ser realizado em meio à análise de um caso concreto de direitos subjetivos.

As competências de controle por via principal são associadas ao controle concentrado, sobretudo porque seria altíssimo o impacto institucional da autorização a qualquer juiz da análise da constitucionalidade por via direta¹⁷³, bastando supor a dificuldade de compatibilização de sentenças conflitantes, declarando (como objeto principal da ação) a validade ou invalidade de uma lei em face da

¹⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245-250.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. p. 775; e RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. p. 250.

¹⁷² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. p. 248.

¹⁷³ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. p. 68.

Constituição Federal. Por isso, o controle difuso de constitucionalidade é exercido por via incidente, onde, em meio a uma discussão sobre interesses subjetivos, a inconstitucionalidade aparece como questão prejudicial a ser analisada, antes do julgamento sobre quaisquer direitos que estejam sendo discutidos.¹⁷⁴

As competências privativas do STF de controle concentrado de constitucionalidade são todas associadas ao controle tido por abstrato (por via principal), enquanto o controle difuso de constitucionalidade, exercitável por todos os tribunais do país (inclusive o STF, fora do âmbito de competências de controle concentrado), é sempre concreto (por via incidental).

Logo, quando o inciso I do art. 927 do CPC trata de decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, refere-se às decisões em ações diretas de inconstitucionalidade – ADI –, ações diretas de inconstitucionalidade por omissão – ADO –, ações declaratórias de constitucionalidade – ADC – (previstas nos arts. 102, I, ‘a’ da CF e regulamentadas pela Lei Federal 9.868/99) e arguições de descumprimento de preceito fundamental – ADPF (prevista no §1º, do art. 103, da CF e regulamentada pela Lei Federal 9.882/99).¹⁷⁵

Dada a abstratividade desse controle, o STF, desde muito, admite tratar-se de “processo objetivo”.¹⁷⁶ Esse específico regime jurídico-processual impõe diversas adaptações do que se aplicaria ordinariamente a um processo típico *inter partes*.¹⁷⁷ São exemplos: a vedação à

¹⁷⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. p. 259; BARROSO, Luis Roberto. *O controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro*. p. 46.

¹⁷⁵ Competências essas tidas como de controle abstrato e concentrado, conforme: PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 382-383.

¹⁷⁶ “O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais” (STF, Tribunal Pleno, Rcl 397 MC-QO, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25/11/1992, DJ 21/05/1993).

¹⁷⁷ Nesse sentido, conferir: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 142; e TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. p. 268.

desistência do processo (hoje positivada no art. 5º da Lei Federal 9.868/99, mas já praticado jurisprudencialmente desde antes¹⁷⁸); a ausência de partes como concebidas no processo civil clássico¹⁷⁹; a possibilidade de julgamento com dispensa de informações – o que seria comparável à dispensa de contestação do processo civil clássico – como autoriza o art. 170, §3º, do RI/STF¹⁸⁰; a inaplicabilidade dos institutos do impedimento e da suspeição¹⁸¹, excetuada apenas no caso de o

¹⁷⁸ “O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade, impede a desistência da ação direta já ajuizada. O art. 169, § 1º, do RISTF/80, que veda ao Procurador-Geral da República essa desistência, aplica-se, extensivamente, a todas as autoridades e órgãos legitimados pela Constituição de 1988 para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103)” (STF, Tribunal Pleno, ADI 387 MC, re. Min. Celso de Mello, julgado em 01/03/1991, DJ 11/10/1991).

¹⁷⁹ “Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do Requerente (Rechtsschutzbedürfnis), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o Bundesverfassungsgericht que, no controle abstrato de normas, cuida-se fundamentalmente, de um processo unilateral, não-contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade* - aspectos políticos e jurídicos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 250-251).

¹⁸⁰ RI/STF, art. 170, § 3º: “Se, ao receber os autos, ou no curso do processo, o Relator entender que a decisão é urgente, em face do relevante interesse de ordem pública que envolve, poderá, com prévia ciência das partes, submetê-lo ao conhecimento do Tribunal, que terá a faculdade de julgá-lo com os elementos de que dispuser.”.

¹⁸¹ “O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo, não está impedido de participar do julgamento de ação direta na qual tenha sido questionada a constitucionalidade, "in abstracto", de atos ou de resoluções emanados daquela Egrégia Corte judiciária. Também não incidem nessa situação de incompatibilidade processual, considerando o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que hajam participado, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, por este, de atos ou resoluções que tenham sido contestados, quanto à sua validade jurídica, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, instaurada perante a Suprema Corte. Precedentes do STF: - Os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se

jugador ter oficiado nos autos como Advogado-Geral da União ou Procurador-Geral da República, situações em que o STF já entendeu justificar impedimento^{182 e 183}; a impossibilidade de intervenção de terceiro¹⁸⁴ à exceção do *amicus curiae*¹⁸⁵; também descabe a revisão por ação rescisória¹⁸⁶; e, o fato do STF não se encontrar limitado pela causa

estendendo nem se aplicando, em consequência, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado a viabilizar o julgamento, em tese, não de uma situação concreta, mas da validade jurídico-constitucional, a ser apreciada em abstrato, de determinado ato normativo editado pelo Poder Público” (STF, Tribunal Pleno, ADI 2321 MC, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25/10/2000, DJ 10/06/2005).

¹⁸² Exemplos são os julgamentos das ADI 4.167 (STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 27/04/2011, DJe 23/08/2011) e da ADPF 132 (STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Britto, julgado em 05/05/2011, DJe 13/10/2011), ambas com impedimento do Min. Dias Toffoli decorrente de anterior atuação como Advogado-Geral da União.

¹⁸³ “Ministro que oficiou nos autos do processo da ADIn como Procurador-Geral da República, emitindo parecer sobre medida cautelar, está impedido de participar, como membro da Corte, do julgamento final da ação” (STF, Tribunal Pleno, ADI 4, rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 07/03/1991, DJ 25/06/1993).

¹⁸⁴ Regimento Interno do STF, art. 169, “§ 2º Não se admitirá assistência a qualquer das partes”; Lei Federal 9.868/99, art. “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”; Nada obstante como destaca CLÈVE, Clèmerson Merlin em *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 149, há precedentes em sentido contrário admitindo assistência em controle concentrado: STF, Tribunal Pleno, Rp 946, rel. Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 12/05/1977, DJ 01/07/1977 e STF, Tribunal Pleno, Rp 900, rel. Min. Soares Muñoz, julgado em 22/02/1978, DJ 31/03/1978.

¹⁸⁵ Lei Federal 9.868/99, art. 7º, § 2º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”.

¹⁸⁶ Conferir, nesse sentido STF, Tribunal Pleno, AR 878, rel. Min. Soares Muñoz, julgado em 19/03/1980, DJ 06/06/1980 e STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves, julgado em 03/06/1996, DJ 13/09/1996.

de pedir posta pela parte¹⁸⁷ (apenas pelo pedido, que mesmo assim pode ser estendido em decorrência da inconstitucionalidade “por arrastamento”¹⁸⁸), podendo analisar violações à Constituição não suscitadas pela parte proponente da ação.

Dada a abstratividade das ações constitucionais de controle concentrado e as peculiaridades do processo objetivo, da decisão final também decorrem efeitos próprios.

Em primeiro lugar, sob o ângulo dos limites subjetivos, a decisão de inconstitucionalidade por via principal (abstrata) possui eficácia *erga omnes*. Isto é dizer que uma lei julgada inconstitucional, o é em todo território nacional, independentemente da participação de quaisquer sujeitos no processo judicial que motivou este julgamento. Este efeito é ínsito à apreciação da ação, uma vez que o próprio objeto do processo é a compatibilidade da lei com a Constituição.¹⁸⁹

Basta a legitimidade ativa para instaurar o procedimento perante o STF, e a decisão tomada vale para todos. Isto difere substancialmente da decisão tomada em controle por via incidental, que se limita a surtir efeitos entre as partes do processo em que é produzida (eficácia *inter partes*).¹⁹⁰

Essa eficácia *erga omnes* é limitada à parte dispositiva da decisão¹⁹¹, onde é dada a resposta sobre a (in)constitucionalidade do

¹⁸⁷ “A despeito da necessidade legal da indicação dos fundamentos jurídicos na petição inicial, não fica o STF adstrito a eles na apreciação que faz da constitucionalidade dos dispositivos questionados. É dominante no âmbito do Tribunal que na ADI (e na ADC) prevalece o princípio da causa petendi aberta” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1210-1211).

¹⁸⁸ “Extensão de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na inicial. Inconstitucionalidade por arrastamento” (STF, Tribunal Pleno, ADI 2982 ED, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 02/08/2006, DJ 22/09/2006).

¹⁸⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. p. 84-85.

¹⁹⁰ QUEIROZ, Paulo Guilherme Gorski de. A amplitude objetiva do efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade perante o STF. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 73-74, p. 286, jan./dez. 2011.

¹⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1369.

texto normativo analisado em face da Constituição. Hoje é plenamente assente a ideia de que as ações de controle abstrato são de natureza dúplice, uma vez que a improcedência de uma ação direta de inconstitucionalidade importa juízo de constitucionalidade da lei, enquanto da improcedência em ação declaratória de constitucionalidade decorre a inconstitucionalidade e consequente decretação da nulidade do dispositivo.¹⁹²

Refletindo a eficácia oponível *erga omnes*, a coisa julgada¹⁹³ proveniente do julgamento de mérito em ação direta de inconstitucionalidade detém a mesma amplitude, aplicando-se também *erga omnes*. Estes são os limites subjetivos da coisa julgada, provenientes de julgamentos de mérito transitados em julgado de controle concentrado de constitucionalidade.

Já no que tange aos limites objetivos da coisa julgada, em primeiro lugar é crucial dizer que, tal qual a eficácia da decisão, também dizem respeito somente à parte dispositiva da decisão.¹⁹⁴ Os fundamentos não transitam em julgado e a imutabilidade e a indiscutibilidade apenas dizem respeito à parte dispositiva do julgado, onde consta a conclusão de procedência/improcedência do pedido.

Ainda assim, mesmo a limitação à parte dispositiva da decisão demanda estudo e reflexão para verificar a sua real amplitude.

Tratando-se de juízo de inconstitucionalidade, a própria eficácia da decisão já impõe a retirada da lei impugnada do ordenamento jurídico, o que impede, por si só, eventual reapreciação da questão.¹⁹⁵

¹⁹² Nesse sentido, os arts. 22 a 24 da Lei Federal 9.868/99 e o julgamento da Reclamação 1.880, pelo STF, que, dentre outros assuntos, consolidou a doutrina da natureza dúplice das ações constitucionais.

¹⁹³ Não se pode conceber a eficácia *erga omnes* como consequência da coisa julgada *erga omnes*, uma vez que a coisa julgada nada mais é que a qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade associada a um provimento judicial. Isto é, não é propriamente a coisa julgada que torna a decisão eficaz, não é a propriedade da coisa julgada que retira a lei inconstitucional do ordenamento. A coisa julgada apenas torna a questão indiscutível e imutável, obrigando quaisquer juízes de casos posteriores a tomarem a lei como constitucional ou inconstitucional em casos futuros que demandem aplicação do dispositivo.

¹⁹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. p. 275.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. p. 1373-1374.

O limite da coisa julgada torna-se mais importante quando há julgamento no sentido da constitucionalidade, de interpretação conforme à constituição ou de declaração de nulidade sem redução de texto. Nestes casos, o dispositivo legal permanece válido: no primeiro caso, sem restrição – em face da rejeição de determinadas teses de inconstitucionalidade – ou com restrição de interpretação decorrente de interpretação conforme a constituição ou nulidade sem redução de texto.¹⁹⁶

Nesses casos, a doutrina tem constatado que não é possível supor que a coisa julgada “congele”¹⁹⁷ de modo definitivo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao dispositivo impugnado, impedindo posterior reanálise da matéria. Se surgirem novas questões, alterar-se a norma parâmetro ou mesmo houver uma alteração geral da compreensão do direito, essas situações podem motivar a reapreciação da matéria no STF¹⁹⁸

Conforme exposto até aqui, o art. 927, I, demanda observância às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. São elas as decisões em ADI (por ação ou omissão), ADC e ADPF. Com a aplicabilidade direta das regras de fundamentação dos incisos V e VI do §1º do art. 489 do CPC¹⁹⁹, vê-se que cabe ao julgador aplicar os fundamentos determinantes das decisões tomadas em controle concentrado de constitucionalidade do STF. Só pode deixar de aplicar estes fundamentos se verificar causa para distinção ou superação do precedente (que serão exploradas no capítulo 2 deste estudo).

No que tange à eficácia e à coisa julgada *erga omnes*, é bastante clara a diferenciação para o regime jurídico empreendido pelo CPC/15. A eficácia *erga omnes* é limitada à parte dispositiva da decisão, tal como a coisa julgada, o que desobriga a adoção dos precisos fundamentos em

¹⁹⁶ Sobre a caracterização dessas técnicas de decisão do STF ver: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. p. 1344.

¹⁹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. p. 240.

¹⁹⁸ Remete-se o leitor ao item 3.2 deste estudo, onde será discutida a função da reclamação constitucional, inclusive como um meio de reavaliação de precedentes vinculantes.

¹⁹⁹ Lembre-se do §1º, do art. 927: os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento nesse artigo.

decisões futuras – quanto mais os determinantes. Comparado a estes institutos, o específico regime de controle de fundamentação introduzido com o art. 927 c/c 489, §1º, do CPC/15 agrega expressivo valor vinculativo. Não há dúvida.

Contudo, há de se enfrentar também aqui o conceito e a abrangência do “efeito vinculante” reconhecido expressamente²⁰⁰ no sistema jurídico constitucional brasileiro desde a Emenda Constitucional 3/93. A referida emenda introduziu a ação declaratória de constitucionalidade no sistema de controle concentrado brasileiro e consignou que as decisões definitivas de mérito da nova ADC produziriam “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.²⁰¹

A eficácia contra todos não era novidade. Mesmo antes da introdução legislativa da expressão, o STF já havia reconhecido este regime jurídico de eficácia, desde a introdução da Representação de Inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional 16/65 à CF/46 (primeira experiência com instrumento análogo à atual ação direta), ainda que com alguma dificuldade²⁰², até a positivação no Regimento Interno de 1980.

²⁰⁰ Importante fazer a ressalva de que a Emenda Constitucional 7/77 (à Constituição de 67/69) introduz a chamada “Representação Interpretativa” (art. 119, I, ‘1’) que veio a ser regulamentada na Emenda Regimental 7/78, do RI/STF, no sentido de que “a partir da data da publicação da ementa do acórdão no Diário Oficial da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado”. A representação interpretativa não foi incorporada à CF/88, mas a disposição regimental permanece no art. 187 do atual RI/STF, aprovado em 1980.

²⁰¹ Constituição Federal de 1988, art. 102, § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (Incluído no §1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93).

²⁰² “A falta de tradição do controle abstrato de normas no Brasil, embora àquela altura, de há muito conhecido e estudado na Europa, fez com que, durante mais de uma década após a sua introdução por força da EC n. 16/65, ainda se titubearse em reconhecer os efeitos próprios à decisão de controle, quando atuado em via principal, sem conexão com posições subjetivas ativas ou passivas. Se o sistema sancionatório do vício de inconstitucionalidade não sofreu alteração, pois a difusão continuava a

O “efeito vinculante” “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”, por outro lado, precisava ser delimitado.

Na justificção da PEC 130/92, de autoria do Deputado Roberto Campos – que serviu de base para o texto aprovado com a EC 3/93 – havia a pretensão de que:

Além de conferir eficácia erga omnes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no Direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes.²⁰³

A proposta original era mais ampla²⁰⁴, mas o conteúdo aprovado com a EC 3/93 de fato não destoou em substância do que havia sido inicialmente proposto.

imperar em nosso sistema, e se a eficácia erga omnes é inerente ao controle principal-abstrato, não havia por que negar às decisões do Supremo Tribunal Federal no exercício da competência que lhe fora atribuída pelo art. 101, I, k, da Carta Magna, efeitos genéricos e de invalidação aparentemente retroativa (ex tunc), o que tornava inteiramente dispensável a edição de resolução do Senado, suspendendo a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por essa via. Mas, na verdade, apenas com a entrada em vigor do atual Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 1º de dezembro de 1980, pacificou-se, ainda que com algumas injustificadas resistências, o entendimento de que as resoluções suspensivas eram de aplicação restrita ao controle pela via incidental” (RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. p. 211).

²⁰³ Justificativa à proposta de Emenda Constitucional 130/1992 de autoria do Deputado Federal Roberto Campos publicada no Diário do Congresso Nacional, seção 1, 23/09/1992, p. 21694-21695.

²⁰⁴ Continha a seguinte redação para 2 parágrafos extras no art. 102, da CF: “§ 2º As decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos

A autoria intelectual do projeto é de Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes.²⁰⁵ Este último sustentou, ainda em 1993, que o efeito vinculante previsto na emenda estava “estritamente vinculado ao direito germânico” e, no que tange aos limites objetivos do efeito vinculante, “os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservada ou eliminada”.²⁰⁶

No julgamento da sua primeira ação declaratória de constitucionalidade²⁰⁷ o Supremo teve de enfrentar o tema, sobretudo porque a Constituição não elaborava em qualquer sentido a abrangência do novo instituto, e também porque coube ao tribunal enfrentar a constitucionalidade da própria emenda constitucional 3/93. O voto condutor, do relator, Min. Moreira Alves, qualificou o “efeito vinculante” como um *plus* à eficácia *erga omnes* e descreveu duas consequências do julgamento em ADC do tema de maneira bastante peculiar:

a) – se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não

processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e no controle de constitucionalidade da omissão, têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos. § 3º Lei complementar poderá outorgar a outras decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia, *erga omnes*, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos.”. Como se vê, o efeito vinculante decorreria de todas as decisões em controle de constitucionalidade (sem especificação quanto ao controle abstrato) e possibilitava extensão por meio da aprovação de lei complementar sobre a matéria.

²⁰⁵ Conforme dito pelo próprio Min. Gilmar Mendes em voto na Rcl. 1880/SP e também destacado por: RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. p. 289.

²⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: inovação da emenda constitucional 3/93. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 1, n. 4, p. 131 e 134-135, jul./set. 1993.

²⁰⁷ STF, Tribunal Pleno, ADC 1, rel. Min. Moreira Alves, julgado em 01/12/1993, DJ 16/06/1995.

respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e

b) – essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo – como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo.

A conclusão padece de certa contradição.²⁰⁸ No item ‘a’, o Ministro relaciona o efeito vinculante ao cabimento de reclamação. No item ‘b’, inicialmente ele afirma textualmente restringir-se a força vinculante à parte dispositiva da decisão, mas depois admite o alcance da vinculação para atos normativos “de igual conteúdo daquele que deu origem a ela [decisão vinculante] mas que não foi seu objeto”, provenientes dos Poderes Executivo e Judiciário.

Dessa forma, por via transversa, o Ministro admitiu certa eficácia aos motivos determinantes em ADC – o que daria razão à interpretação com base no direito alemão, sustentada por Mendes –, isso porque na parte dispositiva há apenas o juízo de constitucionalidade de um específico ato normativo (objeto da ação). A consciência de que “independentemente de nova ação” a decisão abrangeria outros atos “idênticos” não impugnados na ADC, necessariamente confere força aos fundamentos utilizados, que seriam igualmente aplicáveis para um ato normativo “idêntico” de outro órgão do Poder Judiciário ou Executivo.²⁰⁹

²⁰⁸ Como também observou: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. p. 220.

²⁰⁹ Aqui vale enfatizar a restrição a atos do Judiciário ou Executivo. Tanto porque o art. 102, §2º, é expresso nesse sentido (relativamente aos demais

Tratava-se de uma eficácia dos motivos determinantes limitada²¹⁰, pois a tese original de Gilmar Mendes, de aplicação da *bindungswirkung* (efeito vinculante) alemão, era substancialmente mais abrangente. Primeiro, porque Moreira Alves sustentou que o julgamento da ADC se aplicava a atos normativos idênticos do Poder Executivo ou Judiciário (por exemplo: decretos de outros estados; e atos regimentais de outros tribunais). Um julgador, diante desses atos normativos, deveria respeitar a decisão do STF atribuída a outro ato “idêntico”. Atos do Legislativo estariam excetuados de qualquer eficácia para além do dispositivo. Isto é, leis “idênticas” de estados diferentes não teriam qualquer restrição, ou mesmo uma lei federal que tenha adotado as mesmas premissas de outra julgada inconstitucional desconstruindo essa premissa. Radicalmente diferente é supor – tal qual sustenta Gilmar Mendes – que os fundamentos determinantes de qualquer decisão de mérito em ADC vinculariam, em seus fundamentos determinantes, quaisquer outros julgamentos (jurisdicionais ou administrativos) ou atos administrativos (do Judiciário ou do Executivo) a que seja aplicável a “regra abstrata” extraível do julgamento.

Tivesse sido aplicado o efeito vinculante da forma como vislumbrado por Gilmar Ferreira Mendes (não só para a ADC, como para as outras ações de controle concentrado), de fato a normativa do CPC/15, no que tange ao art. 927, I, não teria qualquer utilidade, pois apenas com base no efeito vinculante os fundamentos determinantes dos julgamentos em controle concentrado já teriam plena vinculatividade. Para entendermos porque isso não ocorreu, temos de lidar com a história recente da Reclamação Constitucional e a sua conexão com o controle concentrado de constitucionalidade.

Desde antes da promulgação da Emenda Constitucional 3/93, a Reclamação Constitucional dava seus primeiros passos para firmar-se como instrumento de garantia de eficácia das decisões tomadas em

órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo), quanto porque o STF nunca admitiu mesmo que a eficácia *erga omnes* atingisse o Poder Legislativo, razão pela qual sempre foi resguardada a possibilidade de ser editado novo ato legislativo de igual teor ao julgado inconstitucional (RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. p. 292).

²¹⁰ Nesse sentido, ver: RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. p. 287.

controle concentrado de constitucionalidade. Desde a sua criação²¹¹ e incorporação ao regimento interno do STF em 1957²¹², a Reclamação era vista como um instituto situado “nos lindes do contencioso subjetivo, servindo como um instrumento para assegurar a rápida e eficaz execução de decisões do STF e do STJ.”²¹³ Por essa razão, era corrente a jurisprudência no sentido de que não era cabível o uso da Reclamação para garantia de autoridade de decisões em controle concentrado.²¹⁴ O raciocínio era simples e eficaz: se em processo objetivo não há interesses subjetivos a tutelar, não há como supor qualquer prejuízo ao reclamante. Somado a isso, há ainda a concepção de que ações de controle concentrado não são executáveis (porque declaratórias). A Lei Federal 8.038/90 também alimentou essa concepção ao elencar como legitimada para a proposição da ação a “parte interessada”.

²¹¹ “A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. - Não 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 julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender à decisão do Supremo Tribunal Federal” (STF, Tribunal Pleno, Rcl 141 primeira, rel. Min. Rocha Lagoa, julgado em 25/01/1952, DJ 17/04/1952).

²¹² Emenda do Regimento Interno de 03 de Outubro de 1957 pela qual foi determinado: “Inclua-se no Regimento Interno – No título III como capítulo V-A: ‘Da Reclamação, Art. 1º O Supremo Tribunal Federal poderá admitir reclamação do Procurador-Geral da República, ou de interessado na causa, a fim de preservar a integridade de sua competência ou assegurar a autoridade de seu julgado. Art. 2º Ao Tribunal competirá, se necessário: I – Avocar o reconhecimento de processo em que se verifique manifesta usurpação de sua competência, ou desrespeito de decisão que haja proferido; II – determinar lhe sejam enviados os autos de recurso para ele interposto e cuja remessa esteja sendo indevidamente retardada” (STF. Ata da trigésima sessão em 2 de outubro de 1957. Diário da Justiça, 03out. 1957. p. 12642).

²¹³ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. p. 288.

²¹⁴ Ver: STF, Tribunal Pleno, MS 20875 QO, rel. Min. Aldir Passarinho, julgado em 15/03/1989, DJ 28/04/1989; e STF, Tribunal Pleno, Rcl 368 AgR, rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 20/09/1991, DJ 18/10/1991.

Esse quadro começou a mudar quando o STF passou a inadmitir reclamações²¹⁵, não mais com base na impossibilidade de, em tese, garantir autoridade às decisões em controle abstrato, mas sim levando em conta a ilegitimidade da parte reclamante, considerando que não era legitimada à propositura da ADI e, portanto, não teria como ser “prejudicada” pelo julgamento da ação direta.²¹⁶

Logo sobrevieram as primeiras reclamações procedentes²¹⁷, considerando argumentos da seguinte ordem: terem sido movidas por legitimados em tese para figurar no polo ativo de ação direta de inconstitucionalidade; ou, mais restritivamente, terem sido movidas pela própria parte requerente da ADI ora desrespeitada; o órgão do qual provinha a norma declarada inconstitucional ter persistido com atos concretos contrários à decisão do STF em ADI. Veja-se que até esse momento o efeito vinculante não fora relevante para as discussões sobre a reclamação constitucional, pois todos os julgados referiam-se a ações diretas de inconstitucionalidade.

A EC 3/93 previu efeito vinculante apenas com relação às decisões de mérito em ação declaratória de constitucionalidade, que tinha legitimação muito mais restrita que a ADI – apenas Presidência, Mesas do Senado e Câmara e Procurador-Geral da República (art. 103, CF, redação da EC 3/93). Esse fato, combinado ao limitado interesse político e jurídico da declaração de constitucionalidade de uma lei (que já detém essa presunção ordinariamente) e somado ao risco de uma

²¹⁵ Ver: STF, Tribunal Pleno, Rcl 224, rel. Min. Celio Borja, julgado em 01/07/1987, DJ 18/09/1987; STF, Tribunal Pleno, Rcl 354 AgR, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16/05/1991, DJ 28/06/1991; STF, Tribunal Pleno, Rcl 385 QO, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26/03/1992, DJ 18/06/1993; STF, Tribunal Pleno, Rcl 397 MC-QO, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25/11/1992, DJ 21/05/1993.

²¹⁶ Na esteira de uma decisão isolada tomada ainda em 1986 (STF, Tribunal Pleno, Rcl 173, rel. Min. Oscar Correa, julgado em 19/03/1986, DJ 23/02/1990), onde julgou-se precedente reclamação interposta pelo Procurador-Geral da República em face de descumprimento pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª região de acórdão do STF que tinha invalidado uma resolução do Tribunal Superior do Trabalho.

²¹⁷ Ver: STF, Tribunal Pleno, Rcl 389 e Rcl 390, rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 23/06/1993, DJ 09/11/2001; STF, Tribunal Pleno, Rcl 399, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 07/10/1993, DJ 24/03/1995; STF, Tribunal Pleno, Rcl 479, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17/08/1994, DJ 24/08/2001.

improcedência – declaração de inconstitucionalidade – resultou na proposição de pouquíssimas ações declaratórias de constitucionalidade.²¹⁸

O ingresso com a segunda ADC apenas ocorreu anos depois, sendo inadmitida justamente por falta de legitimidade.²¹⁹ O próximo julgamento relevante ocorreria somente com o deferimento da medida cautelar na ADC 4/DF, de relatoria do Min. Sydney Sanches, em 11/02/1998.²²⁰

A ADC 4 tinha por objeto a declaração de constitucionalidade do art. 1º, da Lei Federal 9.494/97, dispositivo que impunha diversas restrições à concessão de liminares contra a fazenda pública.²²¹ A medida cautelar foi deferida para:

[...] se suspender, “ex nunc”, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10/09/97, sustando, ainda, os efeitos futuros

²¹⁸ Mesmo com a extensão do rol de legitimados aos mesmos da ação direta de inconstitucionalidade em 2004 (EC 45/04), segundo estatísticas disponibilizadas pelo STF (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>>. Acesso em: 25 dez. 2016), até hoje não se alcançou a marca de 50 ADCs. Enquanto isso, desde 1988 já foram distribuídas mais de 4.000 ADIs.

²¹⁹ Proposta em 05/06/1997, a Ação Declaratória de Constitucionalidade 2 (STF, Tribunal Pleno, ADC 2 AgR, rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 07/08/1997, DJ 26/09/1997).

²²⁰ O julgamento ocorreu anteriormente à aprovação da Lei Federal 9.868/99, e o deferimento da cautelar deu-se com base no poder geral de cautela. Dessa forma, desde 1993 o assunto do efeito vinculante naturalmente entrou em dormência no Supremo Tribunal Federal.

²²¹ Lei Federal 9.494/97: “Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”.

dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública.²²²

A partir do deferimento desta cautelar, o “efeito vinculante” da EC 3/93, discutido na ADC 1, voltou a ser relevante. A reclamação já estava estabelecida enquanto meio idôneo à garantia da autoridade de decisões em controle concentrado de constitucionalidade, mas nunca houve o enfretamento em ação declaratória de constitucionalidade. Por essa razão, faltava discutir a influência do efeito vinculante nesse quadro.

Ao responder à Pet. 1.402, em que a União impugnava antecipação de tutela em desconformidade com a Lei Federal 9.494/97 -, o então Ministro Presidente Celso de Mello, ao justificar a perda do objeto da petição, tendo em conta a medida cautelar na ADC 4, consignou que o:

[...] eventual descumprimento, por juízes ou Tribunais, da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando proferida com efeito vinculante (CF, art. 102, § 2º), justificará a utilização do instrumento constitucional da reclamação, mesmo tratando-se de julgamento referente a pedido de medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade.²²³

No mesmo sentido, como visto, o Min. Moreira Alves, na ADC 1, enfatizou, quanto ao efeito vinculante – polêmica à parte com relação à extensão desse efeito – que:

[...] se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da

²²² STF, Tribunal Pleno, ADC 4 MC, rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 11/02/1998, DJ 21/05/1999.

²²³ Pet 1402/MS e medida cautelar, julgadas monocraticamente em 04/03/1998, pelo Min. Presidente Celso de Mello, decisão publicada no DJ de 16/03/1998.

reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão.

Essa linha de raciocínio de fato foi seguida pelo STF, quando este julgou procedentes inúmeras reclamações movidas por pessoas jurídicas de direito público, questionando a concessão de liminares concedidas em 1º grau, em violação à autoridade da decisão do STF na Medida Cautelar da ADC 4 (exemplos: Rcl. 846/SP, j. em 19/04/2001, Rcl. 739, j. 07/08/2002 e Rcl. 1.628, j. em 02/10/2002).

Pela primeira vez, o STF reconheceu legitimidade ampla na reclamação para outorga de garantia à autoridade de decisão em controle concentrado de constitucionalidade. E o fizera justamente por meio da interpretação do efeito vinculante atribuído às decisões em ADC pela EC 3/93.

Essa diretriz seria confirmada no julgamento da Reclamação 1.880/SP²²⁴, em que o STF enfrentou o tema da constitucionalidade do art. 28, parágrafo único, da recém aprovada Lei Federal 9.868/99, a lei que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade no Supremo.

O parágrafo único do art. 28 prescreve que:

[...] a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Essa disposição alargou sobremaneira a quantidade de decisões dotadas de eficácia vinculante, o que antes só qualificava as “decisões definitivas de mérito” tomadas em ação declaratória de constitucionalidade, conforme redação da Emenda Constitucional 3/93. A impugnação teve por fundamento justamente a alegada

²²⁴ STF, Tribunal Pleno, Rcl 1880 AgR, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 07/11/2002, DJ 19/03/2004.

impossibilidade de conferir essa eficácia vinculante por legislação ordinária.

A conclusão do julgamento foi no sentido de afirmar-se a constitucionalidade do dispositivo, consolidando a conhecida doutrina que há muito descrevia a ação declaratória de constitucionalidade como uma “ADI com sinal trocado” (ações dúplices), afirmando aplicar-se o mesmo regime jurídico quanto à eficácia de suas decisões, porquanto a improcedência de uma equivaleria à procedência da outra.²²⁵ E considerando que decisões em ADI, a partir da aprovação da Lei Federal 9.868/99, estariam dotadas de eficácia vinculante, estendeu-se a legitimidade de propositura de reclamação a qualquer interessado que se veja prejudicado pelo desrespeito à autoridade de decisão do Supremo em ação direta.²²⁶

Os desdobramentos ao julgamento da medida cautelar na ADC 4/DF e o julgamento da Rcl. 1.880/SP ajudaram a consolidar a conexão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entre o “efeito vinculante” e o cabimento da Reclamação Constitucional. Hoje é plenamente estabelecido que:

²²⁵ Extrato do voto do Min. Carlos Velloso, compondo a maioria pela rejeição da prejudicial de inconstitucionalidade: “Pelo menos nos casos em que é cabível a ação declaratória de constitucionalidade, as decisões proferidas na ação direta de inconstitucionalidade deverão ter efeito vinculante. Não é possível raciocinar de outra forma. Nos reunimos nesta sala, decidimos que uma lei é constitucional em uma ação declaratória de constitucionalidade, que é irmã gêmea da ação direta, e afirmamos que a decisão tem efeito vinculante. Nesta mesma sala, no dia seguinte, decidimos, em uma ação direta de inconstitucionalidade, pela sua improcedência, assim pela constitucionalidade da lei e não vamos afirmar que essa decisão não tem efeito vinculante? Ora, não teria sentido tal modo de proceder” (STF, Tribunal Pleno, Rcl 1880 AgR, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 07/11/2002, DJ 19/03/2004, p. 1-2 do voto do Min. Carlos Velloso).

²²⁶ Como já era o entendimento de Moraes: “Com o advento da Lei nº 9.868/99 e a previsão de efeitos vinculantes, conforme já analisado, entendemos que haverá ampliação da legitimidade para ajuizamento de reclamações, na hipótese de desrespeito dos demais órgãos do Poder Judiciário às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade pelo STF, permitindo-se ao interessado, no caso concreto, que se utilize desse instrumento para a concretização dos efeitos vinculantes” (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 2380).

[...] Não cabe reclamação quando utilizada com o objetivo de fazer prevalecer a jurisprudência desta Suprema Corte, em situações nas quais os julgamentos do STF não se revistam de eficácia vinculante, exceto se se tratar de decisão que o STF tenha proferido em processo subjetivo no qual haja intervindo, como sujeito processual, a própria parte reclamante. [...].²²⁷

Isto é, há uma estrita correlação entre o efeito vinculante atribuído aos julgados e o cabimento da reclamação, que só é dispensado se a própria parte em processo subjetivo for prejudicada.

Essa estrita correlação jurisprudencial é responsável por tornar o cabimento da reclamação um assunto imprescindível à compreensão da extensão do efeito vinculante. As reclamações constitucionais são um importante laboratório da Jurisdição Constitucional.²²⁸ É um instrumento de impugnação sem alterações legislativas significativas em suas hipóteses de cabimento há mais de 50 anos²²⁹, mas que sofreram extensas mutações de cabimento, sobretudo em diálogo com o sistema de controle concentrado de constitucionalidade.²³⁰ Por essa razão, estudar os limites do efeito vinculante é estudar o cabimento da reclamação constitucional.

Aberta a jurisdição por reclamação a todos os prejudicados por decisões em controle concentrado com efeito vinculante, faltava dirimir a dificuldade quanto à identificação dos limites objetivos desse efeito. Apenas durante um período bastante limitado vingou no STF a tese da transcendência dos motivos determinantes (julgamentos ocorridos

²²⁷ STF, Tribunal Pleno, Rcl 4381 AgR, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22/06/2011, DJe 04/08/2011 e mais recentemente STF, Tribunal Pleno, Rcl 11235 AgR, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 18/12/2013, DJe 18/02/2014.

²²⁸ Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes a reclamação “constitui-se como ação voltada à proteção da ordem constitucional como um todo” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1396).

²²⁹ Sobre a Reclamação no CPC/15, ver o Capítulo 3 deste estudo.

²³⁰ Nesse sentido, ver: LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 192-198.

principalmente entre 2003 – Rcl 1.987/DF²³¹ – e 2010 – Rcl 3.014/SP²³²), que estendia a utilidade da reclamação à garantia da eficácia das teses jurídicas proclamadas nos julgamentos de controle abstrato de constitucionalidade.

Principalmente após a conclusão do julgamento da Rcl. 3.014/SP, ocorrida em 10/03/2010, a garantia da autoridade das decisões para fins de reclamação é associada pela jurisprudência do Supremo aos seguintes aspectos²³³: ao efeito vinculante proveniente dos julgamentos em controle abstrato de constitucionalidade (efeito estritamente ligado ao objeto da demanda julgada²³⁴); ou à condição da parte reclamante ter tomado parte no julgamento de índole subjetiva (eficácia *inter partes*) cuja autoridade diz-se desafiada.²³⁵

²³¹ “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 de forma oblíqua” (STF, Tribunal Pleno, Rcl 1987, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 01/10/2003, DJ 21/05/2004).

²³² “O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal” (STF, Tribunal Pleno, Rcl 3014, rel. Min. Carlos Britto, julgado em 10/03/2010, DJe 20/05/2010).

²³³ Nada obstante haja exemplos de pontos fora da curva posteriores à Rcl. 3.014 que veladamente aplicaram a teoria da transcendência dos motivos determinantes: Rcl. 3.219/CE, Rcl. 2.640/RJ, além de outros exemplos como explora: MAGALHÃES, Breno Baía. A trajetória da transcendência dos motivos determinantes: o fim da história? *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 205, p. 161-188, jan./mar. 2015.

²³⁴ STF, Primeira Turma, Rcl 4454 AgR, rel: Min. Roberto Barroso, julgado em 03/03/2015, DJe 16/03/2015.

²³⁵ Nesse sentido, ver: STF, Segunda Turma, Rcl 18401 AgR, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/02/2015, DJe 02/03/2015; STF, Primeira Turma, Rcl 7706 AgR, rel. Min. Rosa Weber, julgado em 10/06/2014, DJe 13/08/2014; e STF, Segunda Turma, Rcl 7280 AgR, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 10/06/2014, DJe 31/07/2014.

Portanto, a configuração atual do efeito vinculante (art. 102, §2º, CF, art. 28, parágrafo único, da Lei Federal 9.868/99 e art. 10, §3º, da Lei Federal 9.882/99), segundo a compreensão do Supremo Tribunal Federal, é substancialmente diferente do que o regime de vinculação formal por fundamentação desenhado no CPC/15 (art. 927, c/c 489, §1º, V e VI).²³⁶

Em primeiro lugar, de maneira mais abrangente que o regime de vinculação por fundamentação do CPC/15, o efeito vinculante obriga também todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, inclusive com a possibilidade de utilização da reclamação em face do ato administrativo conflitante com a decisão em controle concentrado²³⁷, o que configura, inclusive, uma alternativa do jurisdicionado à utilização do mandado de segurança ou de ação por rito ordinário. O CPC/15 contempla um dever jurídico voltado especificamente contra o exercente do poder jurisdicional, que se desincumbirá por meio da fundamentação, sem reflexos diretos na seara administrativa.

Por outro lado, o efeito vinculante da CF é limitado objetivamente pelo dispositivo da decisão²³⁸ e obriga a adoção do juízo

²³⁶ No mesmo sentido CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. p. 192-194.

²³⁷ TAKOI, Sérgio Massaru. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 113.

²³⁸ Nesse sentido: “No caso brasileiro, porque o Constituinte reformador referiu-se à “decisão definitiva de mérito”, o efeito vinculante restringe-se exclusivamente à sua (dela: a decisão) parte dispositiva, não alcançando os seus fundamentos determinantes” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. p. 307-308); “Por diversas razões, é insatisfatória essa explicação [da extensão do efeito vinculante aos fundamentos ou motivos determinantes da decisão]. Primeiro, não é admissível que a interpretação de um instituto inserido na Constituição brasileira só se possa fazer recorrendo a uma lei de outro estado soberano. Segundo, a lei brasileira dispõe em sentido diametralmente oposto, afirmando que os motivos, ainda que importantes para determinar o enlace da parte dispositiva da sentença, não fazem coisa julgada; e não há nenhuma razão jurídica que obrigue o juiz brasileiro a aplicar o direito alemão para a interpretação da Constituição Federal, com exclusão da lei nacional em sentido contrário. Terceiro, se julgada procedente a ADIN ou ADCON, a extensão do efeito vinculante aos motivos da decisão nada acrescentaria à aludida ‘força vinculante da parte dispositiva da decisão’; o efeito vinculante da motivação só teria utilidade no caso de ser negada a declaração pretendida pelo requerente, caso em que é na fundamentação que se situaria a conclusão oposta à demandada. Quarto, essa utilidade, no

de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, não os fundamentos determinantes adotados (ou a tese jurídica firmada). O regime de vinculação formal do CPC/15, como visto, não se apoia tão somente na parte dispositiva da decisão, mas sim nos fundamentos determinantes adotados pelo órgão julgador. De forma que a leitura mais adequada do art. 927, I, do CPC/15, em conformidade com o art. 489, §1º, V e VI, é a de que os fundamentos determinantes devem necessariamente ser observados para a solução de questões jurídicas análogas em processos também análogos.²³⁹

Essa tese é, inclusive, sufragada pela própria normativa da reclamação no CPC/15, que prevê a possibilidade de controle por reclamação da aplicação da tese jurídica consubstanciada em controle concentrado de constitucionalidade (art. 988, III e §4º, CPC/15). Nada obstante nossas críticas ao dispositivo²⁴⁰, é preciso constatar que toda a sistemática aponta para a necessária observância de “algo a mais” que a parte dispositiva.

entanto, deixa de existir se se atribui às decisões proferidas, tanto numa como noutra daquelas ações, um ‘caráter dúplice ou ambivalente’, conforme postula Gilmar Ferreira Mendes; nesse caso, a declaração oposta à pretendida pelo requerente, contrabandeada da motivação para o dispositivo do acórdão, adquiriria eficácia contra todos, nada lhe acrescentando a atribuição de efeito vinculante à motivação do julgado, onde ela já não mais estaria” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: *Teses, estudos e pareceres do processo civil. vol. 2.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 262); Sobre esta passagem de Botelho de Mesquita, tem-se de consignar que o texto original é de 2002, publicado na Revista do Advogado da AASP, n. 67. Nessa época ainda não havia se consolidado a tese do caráter dúplice das ações em controle concentrado. O terceiro motivo apresentado é associado à ideia de que a ADI tem como pedido a declaração de inconstitucionalidade e que a declaração de constitucionalidade estaria apenas nos motivos da decisão de improcedência. Também concluindo pela limitação à parte dispositiva ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 245.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 926 a 975.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 68.

²⁴⁰ Formuladas no capítulo 3, subitem 3.2.3, deste estudo.

Dada essa necessária diferenciação de regime jurídico, discorda-se da tese de Alexandre Freitas Câmara no sentido de que do art. 927 “não resulta qualquer eficácia vinculante”, pois “esta, quando existente, resultará de outra norma, resultante da interpretação de outro dispositivo legal (e que atribua expressamente tal eficácia)”.²⁴¹ Para o autor, a eficácia vinculante das decisões em controle concentrado só existe por conta do efeito vinculante constitucional.

Contudo, não é possível condicionar a vinculação do CPC/15 ao efeito vinculante da CF/88, pois são regimes jurídicos diferentes e independentes, com consequências jurídicas distintas, como visto.

Esta independência é sentida, sobretudo, porque o fato de o STF ter abandonado a teoria dos motivos determinantes em nada afeta o regime de vinculação formal do CPC/15, que independe do sentido e alcance do efeito vinculante constitucional. A transcendência dos motivos determinantes era uma extensão do efeito vinculante, oponível contra os demais órgãos do poder judiciário e administração pública.

Não existe “transcendência” quando a lei determina *ex lege* a observância dos motivos. De forma que o fato de o STF ter abandonado a teoria não afasta a aplicabilidade do CPC. Além disso, é preciso considerar que não houve a declaração de inconstitucionalidade da extensão de fundamentos determinantes, apenas a constatação de que do efeito vinculante laconicamente positivado não se poderia extrair a eficácia dos fundamentos determinantes.

De toda forma, é importante fazer o destaque de que adotada a teoria da regra de anunciação de Melvin Eisenberg – descrita supra²⁴² – para identificação dos fundamentos determinantes da decisão, perde considerável importância a distinção entre o efeito vinculante constitucional limitado ao dispositivo e a vinculação do CPC/15, baseada nos fundamentos determinantes.

Isso porque, caso o STF venha a anunciar uma regra abstrata (que tenha condicionado o julgamento do caso), é dali que deve partir a interpretação dos fundamentos determinantes. E quando o STF faz essa anunciação, ela é posta na parte dispositiva da decisão.

Veja-se, por exemplo, na conclusão do voto condutor do Min. Roberto Barroso na ADI 5.081/DF, incorporada ao acórdão por unanimidade:

²⁴¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. p. 436.

²⁴² Ver subitem 1.2.3 deste estudo.

Diante do exposto, julgo procedente o pedido para declarar inconstitucional o termo “ou vice”, constante do art. 10 da Resolução nº 22.610/2007, e a expressão “e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário”, constante do art. 13. Por fim, confiro interpretação conforme a Constituição ao termo “suplente”, constante do art. 10, com a finalidade de excluir do seu alcance os cargos do sistema majoritário. A tese que embasa o meu voto é a seguinte: “A perda do mandato em razão de mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor.”²⁴³

Aplicada a sistemática do efeito vinculante (limitado ao dispositivo), a tese de que “a perda do mandato em razão de mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor” é vinculante em face de julgador de questão análoga.

Aplicada a vinculação do CPC/15, partindo-se da *announcement approach* de Melvin Eisenberg para identificação dos fundamentos determinantes, o ponto de partida é justamente a regra anunciada pela corte precedente, que desemboca na mesma tese.

Na esteira desse exemplo, é possível concluir, inclusive, que independentemente da anunciação de tese aplicável na parte dispositiva, a utilização das técnicas de interpretação conforme a Constituição e suas variantes, por si só, da forma como aplicado pelo STF, já provém efeito equivalente.

A prática do tribunal é de anunciar a interpretação conforme adotada na parte dispositiva, ainda que de maneira resumida.²⁴⁴ Dessa forma, ordinariamente o efeito vinculante já atinge essa “anunciação de

²⁴³ STF, Tribunal Pleno, ADI 5081, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/05/2015, DJe 18/08/2015.

²⁴⁴ Muito embora destaque Gilmar Ferreira Mendes que esse nem sempre foi o caso (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1347-1348).

regra”²⁴⁵ (interpretação conforme) na parte dispositiva da decisão. Por meio da interpretação conforme, não se está nulificando disposição legislativa por incompatibilidade com a Constituição – como se faz ordinariamente pela procedência total de ação direta de inconstitucionalidade –, e sim, outorgando uma interpretação que se agrega ao texto para torná-lo constitucional e aplicável. Esta conclusão pode e deve ser interpretada pelo órgão vinculado ao precedente para aplicar a tese, ao menos que identifique razão para distinguir o caso concreto aplicando solução jurídica diversa.

1.3.2 Enunciados de súmula vinculante

O inciso II do art. 927 do CPC/15 demanda observância pelos juízes e tribunais dos “enunciados de súmula vinculante”.

Identificar a que procedimentos o inciso se refere não demanda maiores dificuldades. O inciso refere-se aos específicos enunciados aprovados pelo STF na forma do art. 103-A da CF, conforme introduzido pela Emenda Constitucional 45/04. Concentremo-nos em responder se e de que forma a disposição vinculativa no CPC/15 se diferencia do regime jurídico já aplicável à súmula vinculante.

O *caput* do art. 103-A e seus 3 parágrafos²⁴⁶ delimitam o regime jurídico básico do instituto. Em dezembro de 2006, foi publicada a Lei

²⁴⁵ “Esse sentido [da interpretação conforme à Constituição], evidenciado na fundamentação, é delineado no dispositivo, de modo a se fixar regra que evidencie a constitucionalidade da norma”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1057.

²⁴⁶ Constituição Federal: “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. § 1º 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. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá

Federal 11.417, que regulamentou o dispositivo constitucional, definindo regras para a aprovação, revisão e cancelamento de enunciados. De lá para cá, o STF já aprovou 56 enunciados²⁴⁷ acerca da “validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas” (at. 103-A, CF).

Os temas abordados são vários e não há uma forma redacional específica que o STF tenha aplicado sistematicamente. Há desde enunciados que aprofundam o sentido de regras constitucionais (exemplos são as SV 16, 17 e 18) e inconstitucionalidades “em tese” (SV 2 e 21, por exemplo), até juízos de inconstitucionalidade de disposições específicas (SV 8). Inclusive, mais recentemente, o STF, por iniciativa do Min. Gilmar Mendes, tem adotado a postura de transmutar em vinculantes enunciados de sua súmula “persuasiva”²⁴⁸, como autorizava a EC 45/04, ao dispor que “As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial” (art. 8º).

Todos esses enunciados, por expressa disposição constitucional, detêm “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Trata-se da mesma locução utilizada na Constituição para tratar dos efeitos das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, desde a Emenda Constitucional 3/93, discutida no tópico anterior. A EC 45/04 também uniformizou o tratamento legislativo com relação ao efeito vinculante entre as ações declaratórias de constitucionalidade e

ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 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.”

²⁴⁷ Conforme divulgado pelo STF: Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

²⁴⁸ Enunciados de Súmula Vinculante 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54 e 55.

diretas de inconstitucionalidade, prevendo expressamente a outorga desta eficácia com relação à segunda.²⁴⁹

Em paralelo à previsão do efeito vinculante para os enunciados da súmula vinculante, também veio a previsão de cabimento de reclamação em face “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar” (§3º, 103-A, CF). A previsão foi tida como a terceira hipótese de cabimento da reclamação, que antes da EC 45/04 era apenas associada à preservação da competência ou garantia da autoridade das decisões do tribunal respectivo.

Em 2004 já fora assentada a plena aptidão da reclamação para controle de provimentos vinculantes em controle concentrado de constitucionalidade. Contudo, ainda era intensamente discutida a aplicabilidade ou não da teoria dos motivos determinantes para estender a vinculação a esses motivos ou restringi-la à parte dispositiva da decisão.

Já com relação à súmula vinculante, não houve essa dúvida, tendo em conta tratar-se de um enunciado abstrato – formulado a partir de decisões – mas que irradia por si próprio o efeito vinculante.²⁵⁰

O enunciado de súmula vinculante tem normatividade própria e, não há dúvidas, trata-se de um ato normativo de competência judiciária^{251 e 252}, comparável à competência regulamentar ou à edição de

²⁴⁹ Desde a aprovação da Lei Federal 9.868/99 até a promulgação da EC 45/2004, a previsão do efeito vinculante para a ADI encontrava-se apenas em legislação ordinária, julgada constitucional pelo STF com a Rcl. 1.880, discutida no último tópico. Até hoje não há igual constitucional prevista para a ADPF, que permanece tendo a Lei Federal 9.882/99 como marco legal isolado do efeito vinculante.

²⁵⁰ “Cada enunciado é um verdadeiro extrato de conteúdo eminentemente jurídico (consistente unicamente na interpretação de questão de direito), de várias decisões anteriores no mesmo sentido, não possuindo afirmações a latere conhecidas, na teoria do stare decisis, como obiter dicta) e sendo todo o seu conteúdo considerado essencial. Essa tese jurídica, ou enunciado, é norma abstrata e genérica quanto às suas condições de aplicação e, assim, enseja que um indeterminado número de casos possa ser subsumido dentro da generalidade dos seus termos, desde que a tese jurídica neles discutida seja a mesma” (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. p. 270).

²⁵¹ “A súmula com força vinculante tem, portanto, eficácia normativa; é uma fonte de direito resultante de interpretação constitucional procedida pelo

medidas provisórias pelo Executivo.²⁵³ Dessa forma, caso seja verificada a má aplicação do enunciado, o STF poderá cassar a decisão mediante provocação por reclamação ou em julgamento do processo respectivo.

O CPC/15 demanda a vinculatividade formal da súmula vinculante com base no art. 927, II, considerando o ônus argumentativo do art. 489, §1º em identificar seus fundamentos determinantes e a demonstração de que são aplicáveis ao caso. Aplicada a hipótese de Melvin Eisenberg com relação à regra de anunciação, vê-se que o ponto de partida para identificação desses fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) é justamente a regra anunciada pela corte precedente no próprio enunciado. Pela sistemática do CPC/15, a aplicação destes fundamentos ao caso concreto apenas poderá ser afastada se for verificada hipótese de distinção ou superação do entendimento. Por essa abordagem, vê-se que tanto o efeito vinculante do art. 103-A, CF, quanto o art. 927, II c/c 489, §1º, V e VI, do CPC/15, partem do mesmo ponto para instituir a vinculação.

Todavia, essa constatação não isenta o julgador da perene responsabilidade de interpretação do enunciado²⁵⁴, à luz dos casos que a

STF após reiteradas decisões e tal reconhecimento não viola o princípio basilar democrático da separação de poderes” (MEURER JUNIOR, Ezair. *Súmula vinculante no CPC/15*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 143).

²⁵² Mônica Sifuentes fala em atos normativos de função jurisdicional, concluindo que “de fato, consistente elas [as súmulas vinculantes] em preceito jurídico que se extrai de reiterados julgados, desprendendo-se da matéria controvertida que lhes deu origem. Em consequência, há de se lhes conferir, tal como à lei promulgada, por um processo de dedução lógica, as características de abstração e de generalidade” (SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277).

²⁵³ Rodolfo de Camargo Mancuso acrescenta que “no tocante às súmulas vinculantes do STF, cabe ressaltar que sua real efetividade não depende só delas, mas, de um lado, do seu correto manejo pelos operadores do Direito e, de outro lado, do zelo pela higidez técnico-jurídica do ordenamento positivo. Porque a súmula não é a norma, nem a substitui, mas simboliza a interpretação fixada pelo STF, potencializada pela nota da obrigatoriedade” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 464-465).

geraram e dos casos subsequentes de sua aplicação, onde poderá concluir que o enunciado, *a priori* aplicável, não o é. A súmula vinculante, ainda que considerada ato de legislação, detém sua legitimidade vinculada estritamente aos fundamentos jurídicos de sua aprovação. Daí a previsão de que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (art. 926, §2º).

Por isso, se a regra anunciada não se mostrar harmoniosa com os casos que a geraram, é necessária a realização do controle do enunciado com base nas outras abordagens de definição da *ratio* – buscando os fatos materiais do caso ou a engenharia reversa do raciocínio necessário e suficiente à resolução da questão jurídica posta.²⁵⁵ O enunciado deve funcionar como um ponto de partida argumentativo, texto a ser interpretado a fim de gerar a norma aplicável.

De toda forma, pode-se concluir que o regime jurídico aplicável à súmula vinculante, apenas com base no art. 103-A da CF e Lei 11.417/06, já incorporava os mesmos efeitos que a vinculação formal introduzida pelo CPC/15, indo ainda mais longe.

A vinculação ínsita ao instituto da súmula vinculante tem força tanto em relação ao Judiciário quanto à Administração. Com relação ao Judiciário, a eficácia restringe-se à cassação da decisão, “determinando

²⁵⁴ Inclusive mediante a realização de controle de constitucionalidade se for o caso, como também destaca Leonard Schmitz: “Se for estabelecido que ao julgador é dado não seguir um dispositivo de lei apenas quando sua interpretação ao caso concreto reconduzir a uma inconstitucionalidade (ou seja, quando fizer controle difuso de constitucionalidade dessa lei), nada diferente poderia ser dito em relação a um enunciado de súmula vinculante. Embora majoritariamente a doutrina diga que esse controle não é possível, por esvaziar o conteúdo do próprio instituto, essa posição acaba por ir contra a mais básica necessidade hermenêutica do direito. Quer dizer, em relação à lei e a outros textos normativos, é dado ao julgador interpretar. É, aliás, impositivo que ocorra a interpretação. Já em relação às súmulas vinculantes, essa interpretação não só não é dada, como seria proibida?” (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. p. 319-320).

²⁵⁵ Lucas Buril de Macêdo vai trabalhar um raciocínio assemelhado, ao dizer que a correspondência entre o enunciado e a *ratio decidendi* dos precedentes que a geraram é um requisito de validade do próprio enunciado, o que justifica sua declaração de invalidade no caso concreto para aplicar os fundamentos determinantes do precedente (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. p. 337).

que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso” (art. 7º, §2º, Lei 11.417/06). Já na esfera administrativa, o desrespeito ao enunciado de súmula vinculante tem consequências mais drásticas, podendo chegar à responsabilização “pessoal nas esferas cível, administrativa e penal” (art. 64-B, da Lei Federal 9.784/99) do administrador que deixar de adequar as futuras decisões administrativas após ter reclamação contra si julgada procedente pelo STF.

Em contrapartida, a violação à sistemática do CPC/15 é voltada apenas aos órgãos judiciários e o seu dever de fundamentação, sem induzir qualquer responsabilização ao julgador para além da cassação da decisão.

Por essa razão, a vinculação do CPC/15 com base em fundamentos determinantes em nada altera o quadro vinculativo para o instituto da súmula vinculante.²⁵⁶

1.3.3 Acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos

O inciso III do art. 927 segue a linha do anterior, na medida em que elenca procedimentos específicos, facilitando sobremaneira a identificação de quais decisões estariam abrangidas pela observância obrigatória. São quatro os procedimentos elencados: (i) incidente de assunção de competência; (ii) incidente de resolução de demandas repetitivas; (iii) julgamento de recursos extraordinários repetitivos e; (iv) julgamento de recursos especiais repetitivos.

O primeiro ponto a ser observado é reconhecer que, dos procedimentos elencados, apenas o incidente de assunção de competência não está ligado à resolução de demandas repetitivas. A assunção de competência corresponde à afetação do julgamento a um órgão maior do mesmo tribunal, quando o caso julgado envolver “relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos” (art. 947, *caput*, CPC/15). O

²⁵⁶ Em sentido contrário, Ronaldo Cramer sustenta que “a partir do novo CPC, que introduziu um sistema de precedentes em nosso ordenamento, a súmula vinculante não deve ser empregada a partir de seu texto, mas nos termos de seu precedente originário, pois nele se encontra a norma jurídica criada pelo Supremo Tribunal Federal” (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. p. 195).

dispositivo já tinha eco no antigo art. 555, §1º, do CPC/73²⁵⁷, mas sem a possibilidade de utilização em qualquer procedimento e o elemento vinculante instituído pelo novo diploma. Também o regimento interno do STF prevê, desde 1940, disposição semelhante para afetação ao plenário de julgamentos de especial relevância jurídica.²⁵⁸

Todas as demais hipóteses de incidência do inciso III do art. 927 estão associadas à litigiosidade repetitiva (ou de massa²⁵⁹), e adotam a

²⁵⁷ Código de Processo Civil de 1973: “Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. § 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso” (Incluído pela Lei nº 10.352, de 2001).

²⁵⁸ Regimento Interno do STF de 1940: “Art. 24. Compete a cada uma das Turmas: [...] II - promover, por proposta de qualquer um de seus membros, a remessa do processo para definitivo pronunciamento do Tribunal Pleno, nos casos de divergência de jurisprudência entre as Turmas”; Regimento Interno do STF de 1970, “Art. 12 – A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário (arts. 80, § 1º, II e 89, parágrafo único): I – quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade não decidida pelo Tribunal Pleno (art. 97); II – quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência predominante (art. 99). Parágrafo único – Poderá a Turma proceder na forma deste artigo: a) quando houver matéria em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; b) quando convier pronunciamento do Plenário em razão da relevância da questão jurídica, de mudança operada na composição do Tribunal, ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas.”; Regimento Interno atual do STF: “Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário. b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.”

²⁵⁹ Litigiosidade associada a conflitos homogêneos, individuais ou coletivos, com causas de pedir e pedidos similares ou conflitos heterogêneos que possuem questões comuns, conforme: TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 32.

premissa da necessidade imediata de formação de um “precedente”²⁶⁰, para, além de conferir solução uniforme a todos os casos, desde logo eliminar divergência interpretativa sobre a matéria.²⁶¹

O julgamento de recursos repetitivos segue a lógica de enfrentar a litigiosidade de massa com o seguinte modelo de procedimento: (1) seleção de um ou mais recursos representativos da controvérsia homogeneizada; (2) sobrestamento dos demais recursos que discutam as mesmas questões; (3) julgamento do recurso afetado e irradiação da tese para todos os processos sobrestados.

Essa sistemática já estava presente desde a concepção do requisito da repercussão geral com a EC 45/04 e regulamentação pela Lei Federal 11.418/06. O art. 543-B, acrescido ao CPC/73, permitia ao tribunal de origem “selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte” (§1º); e “julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se” (§3º).

A irradiação da tese nesse caso é realizada pela opção do tribunal de origem ou retratar-se ou inadmitir o recurso, dependendo do teor do acórdão recorrido em contraste com o julgamento de mérito do STF. Caso se negue a retratar-se, deverá encaminhar o recurso para que o STF o julgue como de direito.

Dada a presença e plena aplicabilidade desse regime jurídico a partir apenas da instituição da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal não formalizou qualquer diferenciação para tratar de “recursos repetitivos”. O sobrestamento de recursos análogos nunca foi pressuposto para a repercussão geral, e sim uma consequência eventual de sua sistemática. Por isso, falar em recurso extraordinário repetitivo é rigorosamente o mesmo que falar em recurso extraordinário com repercussão geral.²⁶²

²⁶⁰ No sentido descrito no subitem 1.1.1 deste estudo, já que se tem a ideia de que poderá ser utilizado como guia para outros casos assemelhados.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. p. 226.

²⁶² Em sentido contrário: “O legislador usa a expressão ‘em regime de repercussão geral’, que não tem sentido técnico específico, estabelecido pela doutrina. Se, de fato, o legislador quis referir-se apenas a um recurso extraordinário, individual ou avulso, parece ter ido longe demais: determinou que ao recurso seja negado seguimento, se o acórdão estiver de

Com a Lei Federal 11.672/08 foram introduzidos os recursos especiais repetitivos (art. 543-C, CPC/73)²⁶³, que imprimiam a exata mesma lógica²⁶⁴ de (1) “admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia” (§1º); (2) “ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça” (§1º, final) e; (3) opção de inadmissão na origem (§7º, I) ou retratação (§7º, II) a depender do julgamento de mérito no STJ.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, introduzido pelo CPC/15 (arts. 976 a 987), mimetiza substancialmente este regime jurídico na instância ordinária, consolidando um *microssistema de solução de casos repetitivos*.²⁶⁵ Ainda que haja discussão sobre a abrangência do julgamento do IRDR²⁶⁶, se de uma “causa-piloto” ou apenas da questão jurídica – como o são os outros incidentes de inconstitucionalidade ou o antigo de “uniformização de jurisprudência”

acordo com recurso (avulso) anteriormente decidido, fora do regime dos repetitivos” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 407-408).

²⁶³ Posteriormente regulamentados pela Resolução 8, do STJ, de 7 agosto de 2008, revogada pela Emenda Regimental 24 de 2016 que adequou o RI/STJ à nova normativa do CPC/15.

²⁶⁴ “A verdade é que estamos convencidos, talvez pela obviedade, que o procedimento criado para o julgamento de recursos especiais repetitivos é uma espécie de transplante, com adaptações para a seara dos recursos especiais, daquilo que já ficara estabelecido para o julgamento de recursos extraordinários quando a análise da repercussão geral se desse por amostragem – art. 543-B, do CPC.” (WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 127).

²⁶⁵ Fórum Permanente de Processualistas Civis, Enunciado 345: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.”

²⁶⁶ Nesse sentido, ver: TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. p. 65-100.

–, fato é que o regime jurídico do IRDR arma os tribunais locais²⁶⁷ com mecanismos bastante semelhantes aos disponíveis às cortes superiores. Há a (1) admissão do incidente vinculado a um processo²⁶⁸ – art. 978, parágrafo único – do qual provenha controvérsia repetitiva (art. 976, I); a (2) suspensão dos processos abrangidos pela mesma controvérsia (art. 982, I) e; a (3) irradiação da tese (art. 985).

A introdução do IRDR mais uma vez demonstra como os Tribunais Regionais e de Justiça também exercem parcela de função interpretativa: de aumento do suprimento das regras jurídicas. É claro que caberá recurso ao STJ e STF e também eventual admissão de recurso repetitivo nesses tribunais, o que irá travar a via do IRDR²⁶⁹, mas até esse momento a interpretação tomada pelo Tribunal local em sede de IRDR será vinculante e possivelmente definitiva (caso não seja interposto recurso especial/extraordinário em face da decisão em IRDR).

No que tange à irradiação da tese fixada, o IRDR vai mais longe do que o regime ordinário da repercussão geral ou dos recursos repetitivos do STJ, pois já prevê o alcance 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” (art. 985, II, CPC/15).

O regime jurídico dos julgamentos repetitivos, até o advento do CPC/15, era primordialmente voltado para os recursos suspensos (retratação do tribunal de origem ou inadmissão do recurso). A sistemática pura da repercussão geral ou dos recursos especiais repetitivos apenas alcançava processos futuros pelo posterior

²⁶⁷ A compreensão predominante é no sentido de que o IRDR apenas poderá ser instaurado nos tribunais locais e regionais federais. Nesse sentido, ver: MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. p. 447; e Enunciado 343 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de resolução de demandas repetitivas compete a tribunal de justiça ou tribunal regional.”

²⁶⁸ Código de Processo Civil, Art. 978: “Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.”

²⁶⁹ Código de Processo Civil, Art. 976: “§ 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.”.

enquadramento no procedimento do art. 543-B ou 543-C do código revogado. Esses dispositivos apenas previam uma limitação à admissibilidade do recurso extraordinário ou especial eventualmente interposto, carecendo de eficácia direta durante todo o restante da tramitação da ação.

Para futuros casos em que os mesmos fundamentos seriam aplicáveis, apenas haveria aplicabilidade se, e quando, recurso especial ou extraordinário fosse proposto e houvesse enquadramento na sistemática dos arts. 543-B e 543-C, do Código anterior.

O regime jurídico de vinculatividade formal aplicável com base no CPC/15 (art. 927, III c/c 489, §1º, V e VI) – tal como já o fez o regime específico do IRDR – amplia o escopo de eficácia dos julgamentos de recursos tidos por repetitivos. Os fundamentos determinantes do acórdão desses recursos passam a irradiar força para além dos recursos e ações judiciais sobrestados para aguardar julgamento do mérito, seja em casos presentes que não tenham sido suspensos ou casos futuros, em quaisquer decisões de mérito, desde o 1º grau de jurisdição.²⁷⁰

Além da manutenção da normativa quanto à opção de retratação, inadmissão do recurso ou encaminhamento ao tribunal *ad quem* (art. 1.040, CPC/15), é muito claro que a eficácia vinculativa dos acórdãos previstos no art. 927, III, alcança quaisquer processos futuros a que os fundamentos sejam aplicáveis, na forma de um dever de enfrentamento das razões do precedente pelo julgador.

E em todos os procedimentos do art. 927, III, há uma clara necessidade das cortes julgadoras anunciarem regras a fim de servir de ponto de partida para utilização como fundamentos determinantes. No caso do IRDR e do Incidente de Assunção de Competência, há evidente vocação para a fixação de uma “tese jurídica” (arts. 947, §3º bem como diversas menções em todos os dispositivos concernentes ao IRDR). No caso dos recursos extraordinários com repercussão geral, o STF já tem adotado esse caminho e nos repetitivos ocorre o mesmo. Não custa lembrar mais uma vez que esses fundamentos funcionam como ponto de partida argumentativo, a ser interpretado e enfrentado pelo julgador de casos futuros assemelhados.

²⁷⁰ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. p. 195-196.

1.3.4 Enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional

Alexandre Freitas Câmara entende que falta a este inciso IV, do art. 927, do CPC/15, verdadeira força vinculante, pois esta “quando existente, resultará de outra norma, resultante da interpretação de outro dispositivo legal (e que atribua expressamente tal eficácia)”. Ele prossegue argumentando que:

[...] não existindo essa outra norma, atributiva de eficácia vinculante, e a decisão ou o enunciado sumular será meramente persuasivo, argumentativo (e, portanto, não vinculante), o que gerará, para juízes e tribunais – obrigados a observá-los em suas decisões – um ônus argumentativo: o de inserir, na decisão que deles se afaste, uma fundamentação específica e adequada para tal afastamento, não sendo legítimo simplesmente que o juiz ou tribunal ignore aquele precedente ou enunciado sumular como se o mesmo não existisse.²⁷¹

Nada obstante essa posição, não se vê razão para exigir menção em outro texto normativo acerca da vinculatividade desses enunciados. Trabalhar com precedentes vinculantes é justamente reconhecer a necessidade do enfrentamento das razões do caso precedente. E é exatamente nesse caminho que o dever de fundamentação conformado do art. 489, §1º, V e VI do CPC/15, combinado ao art. 926 e 927, aponta. Exigir outra disposição normativa em que se afirme literalmente decorrer “efeito vinculante” dos enunciados da súmula do STF e STJ seria redundante com o que já é plenamente extraível das disposições do CPC/15.

Contudo, é preciso notar que a previsão de vinculatividade do art. 927, IV, do CPC, para súmulas comuns do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de maneira nenhuma as torna

²⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. p. 436.

equivalentes às súmulas vinculantes do art. 103-A, da CF.²⁷² No subitem 1.3.2 do presente estudo, em que se discutiu a eficácia da disposição do art. 927, II, sobre as súmulas vinculantes, esclareceu-se que a vinculatividade formal do CPC/15 é bastante mais restrita que o regime jurídico aplicável à súmula vinculante.

A vinculatividade do CPC/15 é restrita aos órgãos do Poder Judiciário. A obrigação argumentativa de enfrentar a invocação do enunciado de súmula aplicável ao caso deve ser encarada pelo magistrado em processo judicial, não existindo igual escrutínio contra a autoridade administrativa. Se a autoridade administrativa toma decisão contrastante com entendimento sumulado, ela pode muito bem estar tomando uma decisão contrária ao direito, obviamente suscetível de controle por mandado de segurança ou outro expediente, mas não incorre em antijuridicidade apenas pela razão de não ter enfrentado ônus argumentativo do enunciado da súmula, nos termos do art. 489, §1º, V e VI do CPC/15, como ocorre com o julgador.

Outra diferença fundamental de tratamento é que a aplicação de súmula vinculante é controlável mediante reclamação constitucional. E isto vale tanto para atos administrativos quanto para decisões judiciais, conforme o art. 103-A, §3º, da CF. Não importa a instância judicial ou administrativa em que se encontre a discussão, caberá ao STF cassar a decisão para que outra seja tomada em seu lugar, consentânea com o enunciado violado. É um mecanismo altamente drástico de controle, colocado à disposição do jurisdicionado apenas na hipótese de tratar-se de súmula vinculante.

A circunstância de descaber reclamação para discutir má aplicação de súmula “comum” do STF/STJ não reduz a necessidade de sua observância. É um erro associar vinculatividade ao cabimento de reclamação.²⁷³ A reclamação é apenas um meio direto de correção (cassação) da decisão desviante. A inaplicabilidade desse instrumento não significa que a parte não terá o direito de obter provimento semelhante pelo sistema recursal ordinário. Hermes Zanetti Jr. diferencia níveis de vinculatividade, considerando a possibilidade de utilização de uma via direta de controle (como a reclamação), no que

²⁷² Indagação nesse sentido em: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. p. 359.

²⁷³ Como explica Macêdo em: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. p. 526.

chamará de precedentes normativos vinculantes fortes (*de iure*), mas de toda forma persiste a vinculatividade formal, mesmo que a parte tenha de obter a correção sem instrumento específico, chamada pelo autor de precedentes normativos formalmente vinculantes (*de iure*).²⁷⁴

De resto, invocado o enunciado da súmula do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, deverá o julgador desincumbir-se do ônus argumentativo de dizer precisamente por que o dito enunciado não se aplica ao caso, e se não encontrar razão para embasar essa conclusão deverá dar-lhe aplicação. As considerações sobre a necessidade de interpretação do enunciado, feitas quando se discutiu o art. 927, II, CPC/15, valem aqui também.

Não há dúvidas que a previsão do art. 927, IV, é um passo a mais a fim de conferir maior valor ao enunciado da súmula, enquanto objeto de interpretação. Se a súmula do STF foi inaugurada como um autêntico método de trabalho²⁷⁵, a fim de possibilitar rápida referência a ideias estabelecidas anteriormente pela corte, hoje já detém normatividade própria, na medida em que a circunstância de um tema estar “sumulado” ou não traz relevantes consequências, sobretudo para definir a obrigação de enfrentamento das razões pelas quais a súmula não é capaz de ser aplicada ao caso concreto, sob pena de faltar fundamentação à decisão (art. 489, §1º, VI, CPC/15).

O CPC/15, contudo, não foi o único passo nesse sentido. Os poderes do relator previstos no CPC/73 (art. 557, desde a Lei Federal 9.137/95), já autorizavam denegação monocrática, desde que houvesse contrariedade “à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior”. Isto foi ampliado pela Lei Federal 9.756/99, para autorizar também: provimento monocrático do recurso; dispensa da remessa necessária, se a sentença tivesse fundamento também na “súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente” (§3º do art. 475 do CPC/73, conforme redação da Lei Federal 10.352/01); presunção de repercussão geral do recurso que impugnar acórdão contrário à súmula (art. 543-A do CPC/73, da Lei Federal 11.418/06); ou mesmo a curta vida legislativa da chamada “súmula impeditiva de recurso” do §1º do art. 518 incluído pela Lei Federal 11.276/06, não reproduzida no CPC/15. Esses são todos exemplos de atribuições de consequências jurídicas à existência ou

²⁷⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. p. 343-345.

²⁷⁵ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jul./set. 1981.

inexistência de enunciados da súmula sobre determinado assunto e em determinada circunstância. O CPC/15 fortaleceu grande parte dessas disposições e acrescentou a atribuição de *status* vinculativo formal aos enunciados da súmula do STF e do STJ.

1.3.5 Orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais aos quais os julgadores estiverem vinculados

O último inciso do art. 927 é o único que não se reporta a um tipo específico de decisão ou procedimento para tomada de decisão ou aprovação de enunciado sumular. É uma disposição genérica que demanda observância dos juízes e tribunais à “orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (inciso V, art. 927, CPC/15).

Por isso, é o único dos incisos referível a todos os tribunais indistintamente. Enquanto os dois primeiros limitam-se ao STF, o terceiro aplica-se parte aos tribunais superiores (julgamentos repetitivos e assunção de competência), parte aos tribunais locais (IRDR e assunção de competência). O quarto atém-se ao STF e STJ, e o inciso V não faz distinções. Marinoni e Mitidiero qualificam a disposição como exemplo de “jurisprudência vinculante” diferenciada dos “precedentes” que, no seu entender, apenas poderiam ser formulados pelos julgamentos das Cortes Supremas.²⁷⁶

E é justamente essa generalidade que pode nos revelar dificuldades e acertos no manejo dos precedentes no CPC/15.

Em primeiro lugar, diferentemente de todos os outros incisos do art. 927, é bastante difícil exercer um preciso juízo de exclusão/inclusão acerca de quais decisões/procedimentos de fato induzem efeito vinculante de seus fundamentos determinantes.

Alexandre Freitas Câmara repete a conclusão exarada quanto ao inciso IV, de que não se pode extrair vinculatividade formal também do inciso V, porque não há outro texto normativo que delimite a obrigação de seguir a “orientação do plenário ou órgão especial”. Entende-se novamente aplicável o contra-argumento de que a obrigação dirigida ao julgador de enfrentamento do precedente é plenamente extraível do art.

²⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 926 a 975. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 70.

489, V e VI, do CPC, mas há de reconhecer-se valor na crítica dada à generalidade da disposição.

Buscar a “orientação do plenário ou órgão especial” perigosamente nos aproxima da sempre criticada “jurisprudência dominante”, expressão fomentada pela legislação de ampliação dos poderes monocráticos nos tribunais, e agora quase²⁷⁷ abandonada pelo CPC/15 diante da evidente falha em construir qualquer significado mais preciso do termo nos últimos 15 anos.²⁷⁸

A deliberada abertura da disposição pode nutrir razão para sua inexequibilidade, a começar pela opção legislativa em restringir o cabimento da reclamação na espécie (inciso V). Foi dito, linhas atrás, que é um equívoco associar diretamente o cabimento da reclamação à própria noção de vinculatividade formal, porque há outros remédios, menos drásticos mas igualmente capazes de obter provimento jurisdicional equivalente. Contudo, não se pode ignorar que a deliberada escolha do legislador de restringir o cabimento nessa hipótese é mais uma razão para o dispositivo tornar-se ineficaz.

O veículo direto para fazer valer a vinculatividade de determinada decisão, ainda que não defina sua obrigatoriedade, é um fator importante para garantir efetividade a qualquer disposição vinculante. A reclamação, como dito²⁷⁹, funcionou (e ainda funciona)

²⁷⁷ A expressão permanece nos arts. 926, 927, §3º e 1.042, §4º, do CPC/15, contudo com bem menos espaço que na codificação anterior.

²⁷⁸ Conforme lição de Pedro Miranda de Oliveira: “O CPC/15 andou bem ao retirar do relator o poder de julgar monocraticamente o mérito do recurso com base na jurisprudência dominante. A verdade é que em mais de 15 anos (a redação do art. 557 do CPC/1973 é de 1998) doutrina e jurisprudência não conseguiram preencher o referido conceito vago de forma satisfatória. Não se tem dados suficientes para dizer se determinado entendimento é dominante ou não nos tribunais. Assim, diante do mau uso da expressão por parte da magistratura – que a utiliza para julgar boa parte dos recursos sem levá-los ao órgão colegiado – melhor retirá-la do sistema” (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal*: conforme o CPC/2015. p. 78-79).

²⁷⁹ Aqui vale a lembrança e remissão ao subitem 1.3.1 deste estudo, em que se discutiu a evolução da reclamação em paralelo ao efeito vinculante em controle concentrado de constitucionalidade e como esse remédio constitucional funcionou como um laboratório para discussão do assunto.

como um importante laboratório do efeito vinculante, tendo sido um instrumento que ajudou a moldar o que se entende pelo instituto.²⁸⁰

A menção exclusiva do inciso V ao “plenário” e “órgão especial” também não foram as escolhas legislativas mais eficientes.

Por disposição constitucional (art. 93, XI), o órgão especial pode ser criado em tribunais com mais de 25 membros e exercerá competências administrativas e jurisdicionais delegadas do plenário, integrado por todos os membros.

Na maioria dos tribunais (salvo o STF), há várias competências atribuídas ao plenário / órgão que, muito embora sejam numerosas, trata-se de hipóteses de ocorrência mais rara, de maneira que a maior parte das questões jurídicas relevantes – decididas em apelações, agravos de instrumento e grande parte dos mandados de segurança – passam completamente ao largo desses órgãos.

No STF, ainda que as matérias tenham fácil acesso das turmas ao plenário (por afetação, ou ampla competência originária do pleno), já há outros dispositivos do art. 927 aptos a tornar formalmente vinculantes boa parte de seus pronunciamentos, o que atribui ao inciso V caráter subsidiário.

No STJ, por exemplo, a Corte Especial e o Plenário têm a pauta esvaziada quando comparado ao volume de processos decididos pelas Turmas e Seções especializadas. Dessa forma, a vinculação apenas à Corte Especial atinge apenas precariamente a finalidade do instituto da vinculação de precedentes. Ainda que o julgamento de recurso especial repetitivo também seja de competência da Corte Especial²⁸¹, pela natureza da decisão, já teria eficácia vinculante – art. 927, III, CPC/15 –, independentemente da disposição do inciso V.

A louvável exceção são os julgamentos de embargos de divergência em face de jurisprudência conflitante entre seções do tribunal²⁸², que é considerável vinculante apenas em face do inciso V do

²⁸⁰ Traz-se esta observação apenas em caráter descritivo, sobretudo pela posição sustentada adiante acerca da própria inconstitucionalidade da extensão das hipóteses de cabimento da reclamação para além daquelas dispostas na Constituição, como está explicado no capítulo 3, subitem 3.2.3.

²⁸¹ Nova redação do art. 11, XXVI, do RI/STJ, de acordo com a Emenda Regimental 24/2016.

²⁸² Ou “entre Turmas de Seções diversas, entre Seções, entre Turma e Seção que não integre ou entre Turma e Seção com a própria Corte Especial” (art. 11, XIII, do RI/STJ).

art. 927. No entanto, a própria constatação dessa vincutividade precária demonstra a incongruência da limitação da disposição a apenas os dois órgãos maiores do tribunal, uma vez que embargos de divergência entre Turmas do STJ (que são 6, divididas em 3 duplas especializadas em matérias cíveis, de direito público e penais criminais) são igualmente nucleares para a solidificação de um entendimento no tribunal e concreção do ideal de unidade do Direito. Não faz qualquer sentido supor que uma afetação de julgamento à Seção do STJ, baseada no art. 14 do RI/STJ²⁸³ ou na inclusão do incidente de assunção de competência (art. 12, IX²⁸⁴ c/c art. 14, III), detenha caráter vinculante e um julgamento de embargos de divergência entre turmas não. Dessa forma, se pudermos interpretar a disposição de forma um pouco menos literal, há possibilidade de solucionar algumas incongruências do art. 927.

Outro exemplo são os enunciados de súmula do Tribunal Superior do Trabalho, acerca das quais não há menção no inciso IV (súmula do STF e STJ apenas). De maneira subsidiária, é possível compreender que os enunciados de súmula, considerando a forma como são aprovados²⁸⁵, refletem a orientação do plenário ou órgão especial do Tribunal, razão pela qual devem ser obrigatoriamente observados. O raciocínio também deve valer para enunciados da súmula dos tribunais locais, nos seus específicos campos de jurisdição.

²⁸³ Regimento Interno do STJ: “Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: I - quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula pela Seção; II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção; III - nos incidentes de assunção de competência” (o último inciso foi acrescido pela Emenda Regimental 24, de 2016).

²⁸⁴ Regimento Interno do STJ: “Art. 12 Compete às Seções processar e julgar: IX - o incidente de assunção de competência quando a matéria for restrita a uma Seção” (Redação dada pela Emenda Regimental 24, de 2016).

²⁸⁵ Por competência do Pleno do TST, art. 68, VII e 162 do RI/TST.

2 UTILIZAÇÃO E INFLUÊNCIA DOS PRECEDENTES NO PROCESSO

2.1 PARALELO ENTRE COISA JULGADA E PRECEDENTES

No último capítulo, discutiu-se a necessidade de compreensão dos fundamentos determinantes dos precedentes e como as categorias de relatório, fundamentação e parte dispositiva, utilizadas até então para limitar objetivamente a coisa julgada material, não ajudam propriamente nessa tarefa.

Contudo, nem por isso a doutrina desenvolvida sobre a coisa julgada agora será obsoleta diante do manejo de precedentes vinculantes. Afinal, a superveniência de coisa julgada sobre determinado litígio não deixa de ser um instrumento de vinculação direcionado ao julgador de um eventual caso futuro.²⁸⁶

A coisa julgada exerce força vinculativa voltada contra o julgador de um caso futuro que de alguma forma possa desafiar o comando tornado imutável.²⁸⁷ Essa autoridade manifesta-se de duas maneiras diferentes, por meio de uma função negativa e outra positiva da coisa julgada²⁸⁸: (1) se a questão principal já decidida em determinado

²⁸⁶ Também comparando a força vinculativa dos precedentes e da coisa julgada, ver: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. vol. 2. p. 486.

²⁸⁷ Aqui é crucial a distinção entre autoridade (imperatividade) da sentença e sua imutabilidade, discutida por Francesco Canelutti (CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal*. vol. II - lits. proceso. - prueba. - sentencia. cosa juzgada. recursos. - estudios sobre el arbitraje. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa - América, 1952. p. 365-376) e depois adotada por Enrico Tullio Liebman: “Não se pode, pois, duvidar de que a eficácia jurídica da sentença se possa e deva distinguir da autoridade da coisa julgada; e nesse sentido é certamente de acolher a distinção formulada por Canelutti entre imperatividade e imutabilidade da sentença; porque é esta imperativa e produz todos os seus efeitos ainda antes e independentemente do fato da sua passagem em julgado” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 39-40).

²⁸⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. p. 130-131; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 306-308; CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*. Salvador: Juspodivim, 2012. p. 89. Também chamados de “efeitos da coisa

processo for proposta novamente como questão principal (reproposição da mesma ação, nos termos do §2º do art. 337 do CPC/15²⁸⁹), o julgador estará obrigado a extinguir a nova ação sem resolução de mérito (função negativa da coisa julgada); e (2) se uma questão principal decidida e transitada em julgado retornar ao Judiciário, desta vez como questão incidental, o julgador estará vinculado ao teor do que fora assentado na demanda anterior (função positiva da coisa julgada). Com o CPC/15, estas considerações valem da mesma forma para as questões prejudiciais, desde que atendidos os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º.²⁹⁰

A peculiaridade sobre a vinculação exercida pela coisa julgada é que ela pressupõe uma identidade fática absoluta (ou quase absoluta) entre os casos. Pensando na função negativa da coisa julgada, essa identidade é total, pois impõe a extinção de uma mesma demanda reproposta (mesmas partes, causa de pedir e pedido). Já com relação à função positiva, essa identidade é muito próxima de absoluta, mas as causas por definição não são idênticas.²⁹¹ Questão principal de outro processo, já julgada e acobertada pela coisa julgada material, é agora

julgada” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. vol. 2. p. 527-528) ou “alcances da coisa julgada” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 66-67).

²⁸⁹ Código de Processo Civil, Art. 337, § 2º: “Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.”

²⁹⁰ Código de Processo Civil, Art. 503. “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.”

²⁹¹ “Já o alcance positivo, diversamente [do alcance negativo], depende de que as ações não sejam idênticas e não impede o juiz de julgar o mérito da segunda ação, ao contrário, obriga o juiz do segundo processo a julgar o mérito da causa, tomando como premissa de sua decisão a conclusão da sentença anterior transitada em julgado e, por isso, tornada indiscutível” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. p. 67).

trazida como questão incidente e deve ter sua resolução vinculada ao quanto já decidido no processo anterior.

A necessária identidade absoluta, ou quase absoluta, tem razão de ser porque a coisa julgada existe apenas para proteger a solução conferida a um caso específico (proteger a solução dada a um caso concreto, entre partes específicas discutindo determinado pedido e causa de pedir). Quando fala-se em precedentes vinculantes, o mote é outro. O sentido de trabalhar-se com precedentes é que casos iguais tenham soluções iguais (*treat like cases alike*). Soluções jurídicas. Aqui a preocupação não é com os exatos mesmos fatos, e sim com fatos que possam, de alguma forma, ser considerados “iguais”, demandando solução jurídica “igual”.²⁹²

Não obstante, para fins da aplicação do precedente vinculante, esta identidade fática nunca será tão pronunciada quanto nos casos de coisa julgada. Há sempre diferenças entre os casos – em maior ou menor grau –, pois se os fatos fossem exatamente os mesmos, esbarrar-se-ia na eficácia negativa da coisa julgada material, e não faria qualquer sentido falar-se em precedente judicial.^{293 e 294}

²⁹² Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que: “As funções da coisa julgada e do precedente vinculante à luz da segurança jurídica e da tutela da confiança são distintas. O respeito aos precedentes garante a previsibilidade em relação às decisões judiciais, assim como a continuidade da afirmação da ordem jurídica. A coisa julgada, por sua vez, garante que nenhuma decisão estatal interferirá de modo a inutilizar o resultado obtido pela parte com a decisão acobertada pela coisa julgada, assim como a estabilidade das decisões judiciais” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 138).

²⁹³ STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 63.

²⁹⁴ Nas palavras de Schauer: “*No two events are exactly alike. For a decision to be precedent for another decision does not require that the facts of the earlier and the later cases be absolutely identical. Were that required, nothing would be a precedent for anything else. We must therefore leave the realm of absolute identity.*” Tradução livre: “Não há dois eventos exatamente iguais. Para que uma decisão seja precedente de uma outra decisão, não se exige que os fatos do processo anterior e posterior sejam absolutamente idênticos. Se isso fosse exigido, nada seria precedente para qualquer outra coisa. Temos, portanto, de deixar o âmbito da Identidade absoluta” (SCHAUER, Frederick. *Precedent*. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, p. 577, 1986-1987).

Por isso, sempre há apenas uma probabilidade de aplicabilidade do precedente. Por um imperativo lógico, pode-se dizer que quanto mais se aproximam os fatos de dois casos, maior é a probabilidade de que a decisão aplicada ao primeiro caso seja também aplicável ao segundo.²⁹⁵

A Figura 1 ilustra este raciocínio, relacionando o nível de identidade fática entre casos e a vinculação a um caso passado (seja por força da coisa julgada ou por força de um raciocínio jurídico formulado a partir de um precedente).

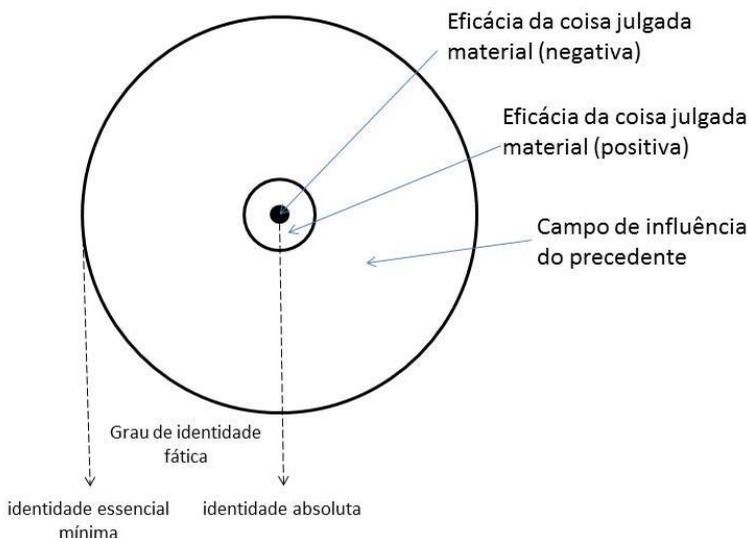


Figura 1 - Eficácia vinculante da coisa julgada e do precedente

Fonte: elaborado pelo autor.

Na Figura 1, o ponto no centro representa um caso julgado, que solucionou determinado caso concreto (fatos) a partir de um raciocínio

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DE OLIVEIRA, Pedro Miranda (Orgs.). *Novas tendências do processo civil*. p. 836-837.

jurídico específico. Após precluso, e sendo considerado um precedente vinculante, este caso passa a exercer força vinculante sobre os casos vindouros julgados pela Corte precedente e aos tribunais a ela submetidos hierarquicamente. Os círculos em volta são a delimitação desse raio de influência²⁹⁶. Na medida de sua proximidade fática com o precedente, estes novos casos serão alocados mais próximos ou distantes do centro. Dessa forma, a borda do círculo é o mais distante que um caso poderia ser considerado ainda vinculado à decisão do precedente, enquanto uma revisita ao centro significaria que o caso é exatamente igual.

Portanto, não é surpresa que o ponto no centro represente a eficácia vinculante exercida pela coisa julgada em sua acepção negativa, pois um caso ali alocado seria exatamente o mesmo anterior, reproposto. Afastando-se a partir do centro, o primeiro setor representa a eficácia positiva da coisa julgada, isto é, todos os casos em que a questão principal julgada no ponto central possa reaparecer enquanto questão incidente, desencadeando a vinculação exercida pela coisa julgada na acepção positiva.

Diferentemente da força vinculativa exercida pelo precedente, a eficácia das forças negativa e positiva da coisa julgada obrigam quaisquer órgãos, independentemente de posição na estrutura judiciária.²⁹⁷ A sentença passada em julgado de um juiz de 1º grau

²⁹⁶ Ronald Dworkin fala nesse sentido em “força gravitacional” do precedente: “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. Se o Spartan Steel fosse um caso nova-iorquino, o advogado do autor da ação imaginaria que a decisão anterior de Cardozo, no caso *Macpherson vs. Buick*, no qual uma mulher obteve reparação por perdas e danos devido à negligência na fabricação de um automóvel, contaria a favor do direito de seu cliente à indenização, apesar de o fato da decisão anterior não conter nenhuma formulação verbal que pudesse, de modo plausível, ser interpretada como uma promulgação desse direito. Ele insistiria em que a decisão anterior exerce uma força gravitacional sobre as decisões posteriores, mesmo quando se situam fora de sua órbita particular” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 174). Em um sentido assemelhado, Mauricio Ramires fala em “campo gravitacional” do precedente (RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. p. 130).

²⁹⁷ Como esclarece Rupert Cross: “*The fact that words such as 'case', 'judgement', or 'decision' may all be used to mean the ratio decidendi of a case sometimes leads to the confusion of ratio decidendi with res judicata,*

obriga o STF a respeitar o conteúdo imutabilizado pela coisa julgada. O mesmo, obviamente, não é verdadeiro se considerarmos a vinculação às razões do precedente, voltada ao mesmo órgão prolator da decisão (eficácia horizontal) e aqueles hierarquicamente submetidos (eficácia vertical).

2.2 APLICAÇÃO DE PRECEDENTES E A FORMULAÇÃO DE DISTINÇÕES

Passada esta fronteira, há a eficácia da aplicação do precedente judicial aos casos que guardem semelhança fática suficiente para motivar a aplicabilidade do precedente. É dizer: qualquer caso que, pelas particularidades fáticas, esteja próximo suficiente do precedente a ponto de ser alocado dentro do seu “campo gravitacional”, deverá, por isso, ter sua solução influenciada pela eficácia vinculante do julgado. Veja-se que a identidade entre os casos não precisa ser próxima de absoluta para

i.e. the confusion between the effect of a decision from the point of view of subsequent litigation involving different parties, and its effect on the parties to the dispute. They are generally estopped from raising the same issue at a later date. A court is sometimes said to be bound by the 'judgement' in a case although it is not bound to follow the ratio decidendi. The House of Lords may be bound by the judgement of a judge of first instance in the sense that the House must apply the principles of res judicata which the judgement brings into play should subsequent litigation between the same parties involve the same issue, although there is no sense in which the House of Lords is bound by the ratio decidendi of a case decided by a judge of first instance. Tradução livre: “O fato de palavras como ‘caso’, ‘julgamento’ ou ‘decisão’ poderem ser utilizadas para significar a *ratio decidendi* de um caso leva, por vezes, à confusão de *ratio decidendi* com *res judicata*, ou seja, a confusão entre o efeito de uma decisão do ponto de vista de litígios subsequentes envolvendo partes diferentes, e o seu efeito sobre as partes na disputa original. Elas são geralmente impedidas de levantar o mesmo problema em data posterior. Ao tribunal, por vezes, diz-se estar vinculado pelo ‘julgamento’ de um caso, embora não esteja obrigado a seguir a *ratio decidendi*. A Câmara dos Lordes pode estar vinculada pelo julgamento de um juiz de primeira instância no sentido de que a Câmara deve aplicar os princípios de *res judicata* em litígios subsequentes entre as mesmas partes que envolvam a mesma questão, embora não haja nenhum sentido em que a Câmara dos Lordes esteja vinculada pela *ratio decidendi* de um caso decidido por um juiz de primeira instância” (CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. p. 103).

atrair a aplicação de um precedente. O que é necessário verificar não é a identidade absoluta entre os casos, mas a identidade essencial²⁹⁸ (representada na Figura 1 pela fronteira desde o ponto em que a coisa julgada já não tem guarida até sua borda mais externa).

Já se tem clara a ideia de que os textos legislativos são interpretados para resultar em normas jurídicas, e que cabe aos tribunais superiores a tarefa de conferir unidade ao Direito, promovendo a isonomia entre os jurisdicionados e a segurança jurídica. Essas normas podem ser invocadas enquanto fundamento de julgamento de um caso futuro semelhante e, quando isso ocorrer, retornam ao estado de texto para serem novamente interpretadas.

O novo Código de Processo Civil, por meio do art. 489, § 1º, V e VI, combinado com o art. 927, institui novas hipóteses de vinculação a precedentes, obrigando o julgador a enfrentar os fundamentos determinantes do precedente quando se ver de frente a casos em que a regra abstrata extraível desses fundamentos seja aplicável para solver questão jurídica incidente ou principal.

Esses fundamentos determinantes são dados pela Corte que prolata o precedente, quando expressamente o fizer (abordagem de anunciação), ou devem ser congregados pela Corte presente, quando do enfrentamento do novo caso.²⁹⁹

Aplicar um precedente é empreender sempre um raciocínio analógico.³⁰⁰ Sob esse ângulo, resolver uma questão jurídica por meio da evocação de um precedente é diferente de aplicar um texto legislativo.³⁰¹ É claro que a aplicação da lei por analogia também é

²⁹⁸ Nesse sentido, ver: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do Direito. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. p. 57-64; e CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. p. 143-145.

²⁹⁹ Sobre esse assunto, ver subitem 1.2.3.

³⁰⁰ Aqui, analogia no Direito é compreendida no sentido de “atribuir a situações parcialmente idênticas (uma prevista e outra não prevista na lei), as consequências jurídicas indicadas pela regra aplicável ao caso previsto” (MORAES, Oswaldo de. *A analogia no Direito Tributário brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1965. p. 57).

³⁰¹ Hermes Zaneti Jr., ao assentar a equivalência entre a interpretação e aplicação da lei ou do precedente reconhece que: “não há diferença metodológica na aplicação entre norma-lei e norma-precedente. Ambas aplicam-se de forma distinta somente quando se trata de aplicar a norma por

possível, mas esse mecanismo é meramente supletivo³⁰², enquanto no caso dos precedentes é a regra.

Ao trabalhar-se com precedentes, não há propriamente uma regra abstrata pronta a ser aplicada. E mesmo quando essa regra é formulada (abordagem de anúncio), ela tem origem no julgamento de um caso concreto e, sobretudo, encontra-se imbricada com a fundamentação do Tribunal naquele caso concreto. Trazer essa regra para o julgamento de outro caso, por isso, é sempre um raciocínio analógico^{303 e 304} – por mais “iguais” que possam parecer os casos, há sempre diferenças.

Rupert Cross³⁰⁵ divide o argumento com base em um precedente em três momentos distintos. Primeiro, há a percepção de uma semelhança relevante (*relevant likeness*) entre um caso precedente e um caso presente e que justifique a formulação do raciocínio analógico –

analogia ou por dedução” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. p. 348).

³⁰² Analogia, costumes e os princípios gerais de Direito são invocáveis apenas na omissão da lei, conforme prevê o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

³⁰³ Cross aponta que “*the rule of stare decisis causes the judges to reason by analogy because the principle that like cases must be decided alike involves the analogical extension of the decision in an earlier case.*” Tradução livre: “A regra do *stare decisis* causa que juízes raciocinem por analogia porque o princípio de casos iguais devam ser julgados igualmente envolve a extensão analógica de uma decisão de um caso anterior” (CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. p. 19-20).

³⁰⁴ Em sentido contrário, Grant Lamond diferencia o raciocínio por precedente do raciocínio por analogia, tomando por premissa que “*precedent involves an earlier decision being followed in a later case because both cases are the same. Analogy involves an earlier decision being followed in a later case because the later case is similar to the earlier one.*” Tradução livre: “precedente envolve uma decisão anterior sendo seguida num caso posterior porque os casos são iguais. Analogia envolve uma decisão anterior sendo seguida em um caso posterior porque o caso posterior é similar ao anterior” (LAMOND, Grant. *Precedent and analogy in legal reasoning*. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Spring 2016 Edition. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em: 16 jan. 2017).

³⁰⁵ CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. p. 207.

estabelecendo o elo temporal tão importante à definição do precedente. Aqui o precedente é selecionado como um candidato a resolver determinada questão jurídica incidental ou principal.³⁰⁶ É o início do raciocínio, cuja hipótese preliminar é a sua aplicabilidade, pois, de outra forma, não haveria razão para levantá-lo – o que obviamente não impede que uma parte traga o precedente ao debate justamente para mostrar como ele não se aplica ao caso.

Em segundo lugar, há a determinação da *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) do precedente, para deles extrair a regra abstrata que se pretende que seja aplicável ao caso presente. No caso do novo Código de Processo Civil, tratam-se dos fundamentos determinantes discutidos no capítulo anterior, obviamente.

Por fim, no terceiro momento, há a decisão de aplicar ou não a solução dada no caso precedente à questão presente, verificando-se se no caso presente não há nenhuma particularidade que motive solução jurídica diversa.

O raciocínio analógico é encontrado no primeiro estágio – quando o caso é selecionado *prima facie* – e no terceiro estágio – quando os fundamentos determinantes do precedente são de fato comparados às particularidades do caso presente.³⁰⁷

Portanto, supondo-se que haja precedente tido por vinculante, este caso é trazido ao julgamento do caso presente e, após serem delimitados os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*), deve o julgador compará-los ao caso concreto, para definir se a solução jurídica dada no precedente será também adequada ao caso. Pois se um ponto central de um sistema de precedentes é identificar a sua porção vinculante (fundamentos determinantes), o outro é saber identificar em que situações ele terá adequada aplicação no caso concreto.

³⁰⁶ Essa escolha *prima facie* dos precedentes aplicáveis é comparável à descrição de Karl Larenz sobre a “escolha das proposições jurídicas a aplicar”, que antecede propriamente o juízo de subsunção dos fatos a essas proposições jurídicas. Larenz explica que: “com a escolha dos fatos tem, portanto, de se levar a cabo uma escolha das proposições jurídicas que são de considerar na aplicação. Sobre o modo como esta escolha propriamente decorre, praticamente nada se encontra na literatura metodológica. É certo que o aplicador “experimentará” uma após outra toda uma série de proposições jurídicas, logo excluindo umas, reconhecendo outras como de facto aplicáveis, e assim como que se aproximará, “tateando”, da solução” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. p. 307-308).

³⁰⁷ Nesse sentido, ver: CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. p. 208.

No *common law*, este raciocínio é chamado de *distinguishing*, que, segundo Neil Duxbury é simplesmente aquilo que os juízes fazem quando identificam diferenças entre um caso e outro (“*what judges do when they make a distinction between one case and another*”³⁰⁸). E há sempre diferenças. Como visto, para fins da aplicação de precedente nunca haverá dois casos absolutamente iguais. A questão central é saber se essas diferenças são juridicamente relevantes para fins da aplicação da *ratio* do precedente ao caso concreto.

Se há identidade suficiente entre os dois casos, o precedente será, em tese aplicável, a menos que o julgador verifique hipótese de distinção do caso concreto que justifique seu afastamento.

Nessa linha vai o inciso VI do § 1º do art. 489 do Novo Código de Processo Civil, que impõe ao julgador – sob pena de nulidade decorrente de falta de fundamentação – o dever de demonstrar a existência de distinção no caso sob julgamento para afastar a aplicação de um precedente.

Essa técnica de julgamento poderá ser utilizada independentemente da origem do precedente invocado³⁰⁹. Isto porque é inderrogável a competência do julgador para subsumir o precedente ao caso concreto, tal como o é em relação à lei ou qualquer outra fonte do direito a ser interpretada.

Assim, diante de particularidades fáticas ou de questões jurídicas novas, o precedente poderá ser afastado. Exemplificando: um determinado precedente possui os fatos ‘a’, ‘b’ e ‘c’; destes, apenas ‘a’, e ‘b’ serão considerados determinantes para a solução do caso. Suponha-se que um novo caso, com fatos ‘a’, ‘b’, e ‘d’, vá ser julgado. O precedente será em tese aplicável, uma vez que os fatos determinantes ‘a’ e ‘b’ se repetem e o fato ‘c’ – ausente – foi considerado irrelevante para o resultado. Contudo, primeiro cabe perguntar se o fato ‘d’, pelo qual o caso concreto se diferencia do precedente, é capaz de motivar solução diversa. Se sim, há legítima hipótese de afastamento do

³⁰⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 113.

³⁰⁹ Nesse sentido, ver: MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. p. 253; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 506; também o enunciado 174 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “(art. 521, § 5º) A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado.”

precedente para que uma regra jurídica particularizada seja formulada para o caso concreto.³¹⁰ Supondo o mesmo exemplo, imagine-se a conclusão de que a presença de ‘d’ não justifica o afastamento do precedente, mas a parte apresenta questionamento jurídico novo, não ventilado no precedente. Ao resolver esta questão nova (sobre a qual o precedente não tem qualquer serventia), o órgão jurisdicional poderá concluir que o caso demanda solução diversa.

Ambos são exemplos de realização do *distinguishing* impondo o afastamento do precedente, de modo que conclui-se que a *ratio*, antes em tese aplicável, não pode prevalecer para solucionar o caso (ou a questão jurídica).³¹¹ O precedente formado a partir dessa distinção impõe uma limitação à abrangência da *ratio* anterior, que não mais terá aplicabilidade quanto a esta situação particularizada (distinguida), sobre a qual foi formado novo precedente. A partir desse momento, para avaliar a aplicabilidade do caso precedente no futuro, deverão o julgador e as partes questionar se não está presente a particularidade identificada anteriormente que justificou seu afastamento.

Em contrapartida, quando as particularidades fáticas do caso concreto ou a solução da questão jurídica nova *não impõem solução diversa para o caso concreto*, o campo de influência do precedente ganha maior abrangência. Isto porque o enfrentamento de mais aspectos fáticos e teses jurídicas não terá sido suficiente para afastar a sua aplicação, fortalecendo a diretriz já estabelecida no precedente e tornando-o apto a, em tese, ser aplicado a um maior número de casos.

Por este processo de identificação de distinções, a *ratio decidendi* (elemento vinculante) do precedente será, de certa forma, emendada³¹², pois quando distinguimos um caso estamos dizendo que o precedente – aqui afastado – apenas voltará a ser aplicado se, além daquelas condições verificadas no precedente (“a + b = x”, por exemplo), outra condição (ou conjunto de condições) vier a ser verificada (“a + b + c =

³¹⁰ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 115-116.

³¹¹ Thomas da Rosa Bustamante identifica duas hipóteses diferentes de *distinguishing*: (1) o estabelecimento de uma exceção antes não reconhecida (quando entende-se que os fatos do caso concreto estariam abrangidos pela *ratio decidendi*); e (2) a utilização de um argumento *a contrario sensu* para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* e deixar de subsumir os fatos do caso concreto ao precedente (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. p. 473).

³¹² DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 115-116.

x”, onde ‘c’ significa justamente a ausência daquela condição que motivou o afastamento do precedente no caso distinguido).

A identificação das diferenças entre o precedente e o caso concreto e, sobretudo, a valoração sobre a aptidão destas diferenças para justificar ou não solução diversa para o caso, são atividades que dão fluidez ao manejo dos precedentes, que, sem considerar esse fator, muitas vezes é erroneamente associado ao engessamento do Direito.³¹³

O enfrentamento das questões novas – fáticas ou jurídicas – faz amadurecer o precedente como um todo, que, após, terá seu campo de aplicação aumentado ou diminuído, dependendo do quanto as diferenças identificadas foram consideradas determinantes ou não.³¹⁴ Este contínuo juízo de inclusão/exclusão de casos dentro ou fora do campo de influência do precedente (tal como identificado na Figura 1) vai moldando mais claramente seus próprios limites.

Após demasiadas distinções, o precedente pode perder sua força, porquanto a identificação de uma alta quantidade de exceções pode vir a revelar que o conteúdo da decisão não está mais sendo aceito na comunidade jurídica.^{315 e 316}

Por outro lado, a constante confirmação de aplicação do precedente irá fortalecer a diretriz ali afirmada. Veja-se que não se está falando que a eficácia vinculante de um precedente dependa de confirmação por novos casos. O que ocorre é que a falta de identificação de distinções (ou melhor: a identificação de distinções não relevantes) tende a conferir maior confiabilidade à abrangência do caso precedente.

É importante constar que a existência deste campo de influência é um dado apenas pressuposto no momento em que o precedente é

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 333.

³¹⁴ Nesse sentido, Lucas Buril de Macêdo fala em distinções ampliativas e distinções restritivas (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. p. 270-271).

³¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 329.

³¹⁶ Neste caso, principalmente quando observadas distinções inconsistentes com as razões que motivaram a formação do precedente (“the drawing of inconsistent distinctions”, como descrito por Melvin Eisenberg. A técnica do distinguishing pode ser vista como um passo provisório para a superação do precedente, assunto tratado no próximo tópico (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 136 e seguintes). Também nesse sentido, ver: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. p. 217.

inicialmente julgado. Isto é assim porque a tarefa de aplicação do precedente a novos casos é incumbência executada pela Corte que aplica o precedente (seja o mesmo órgão prolator do precedente ou não, logo após ou anos depois). Sem que haja um caso futuro, o precedente não terá utilidade. Por isso diz-se que aplicar precedentes é, antes de tudo, uma tarefa de olhar para o passado (“*a backward-looking activity*”³¹⁷).

Ainda que a Corte prolatora da primeira decisão anuncie uma regra de direito, antevendo implicações futuras de uma decisão – com uma postura judiciária prospectiva, como descreve Frederick Schauer³¹⁸ –, estas consequências só terão concretude quando o precedente tiver efetiva aplicação, seja pela própria Corte, seja por outro juízo.

Por isso, *a priori*, também não se pode dizer se um precedente é amplo ou limitado. Isto dependerá essencialmente da interpretação que for dada pelos juízes nos casos que se seguirem, que darão aplicabilidade à regra jurídica criada no precedente.³¹⁹

A extensão do campo de influência da vinculação do precedente, por isso, é um dado também indeterminado. A exata abrangência da

³¹⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 4.

³¹⁸ “*An argument from precedent seems at first to look backward. The traditional perspective on precedent, both inside and outside of law, 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 decisionmakers. Today is not only yesterday's tomorrow; it is also tomorrow's yesterday. A system of precedent therefore involves the special responsibility accompanying the power to commit the future before we get there.*” Tradução livre: “Argumentar com base em precedentes aparenta de início ser um olhar para trás. A perspectiva tradicional sobre o precedente, tanto dentro como fora do Direito, enfocou, portanto, o uso dos precedentes de ontem nas decisões de hoje. Mas, de maneira tão ou até mais importante um argumento do precedente também olha para a frente, desafiando-nos a ver as decisões de hoje como precedentes para os julgadores de amanhã. Hoje não é só o amanhã de ontem; É também o ontem de amanhã. Um sistema de precedentes envolve, portanto, a especial responsabilidade que acompanha o poder de comprometer o futuro antes de chegarmos lá” (SCHAUER, Frederick. *Precedent*. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, p. 572-573, 1986-1987).

³¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 331.

solução jurídica desenvolvida em um precedente vai depender sempre da sua aplicação em casos futuros.

Tome-se como exemplo o julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos. O campo de influência mais elementar desse julgado serão os recursos e processos suspensos no aguardo da resolução da questão no STJ/STF. Ainda que tenhamos uma expectativa de que um número 'x' de recursos deverão ter o mérito resolvido a partir do julgamento de um único repetitivo, tudo ainda vai depender da análise de cada caso concreto para confirmar se os fundamentos determinantes do precedente lhes serão aplicáveis. Além disso, o julgado repetitivo poderá (e deverá) influenciar inúmeros casos futuros, ainda nem propostos, ao tempo do seu julgamento. Determinar a exata extensão da influência de um precedente é uma tarefa inexequível. O precedente, tal como uma hipótese científica, sempre estará sendo posto à prova por casos novos que poderão (ou não) ser resolvidos a partir dele. E isto é apenas verificável com a decisão destes casos futuros, indeterminados por natureza.

De toda forma, é inevitável a circunstância da decisão vir a ser aplicada a situações cujos fatos a ela não correspondam exatamente. Como já explicado, é da natureza da aplicação dos precedentes o raciocínio por analogia, que estenderá determinada solução a novos fatos, cuja identidade essencial permite albergar soluções equivalentes.

Dessa maneira, em qualquer circunstância, de alguma forma o julgamento irá desprender-se dos fatos que o cultivaram. Um grau mínimo de abstração sempre estará envolvido na expectativa de retirar-se uma regra universalizável daquele julgamento. A possibilidade de enriquecer o direito compreende a necessidade de darem-se passos, cuja falibilidade poderá ser verificada quando o precedente for chamado à aplicação e o novo julgador vier a formular ou refutar distinções.

O Direito com base em precedentes, portanto, tende a construir-se e reforçar-se com o passar do tempo (e dos casos). Dessa forma, cada novo caso aplicando ou afastando um precedente pode também ser visto ele próprio como um precedente para decisões futuras. Estes novos casos, sendo considerados vinculantes, tenderão a formar seus próprios campos de influência vinculante, em um processo de constante renovação.

A racionalizada e coerente formulação de distinções – tanto aquelas que motivam solução jurídica diferenciada, quanto aquelas tidas por não persuasivas – amadurecem a regra jurídica extraível do precedente, ainda que seja para enfraquecê-la até estar pronta para ser superada, como ocorre em casos de excessivas e contínuas distinções

inconsistentes. Mas se há um ponto crucial aqui é de que a adoção destas distinções depende sempre de fundamentação específica que justifique a aplicação (ou afastamento) do precedente.

2.3 FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E DISTORÇÕES NO CAMPO DE INFLUÊNCIA DO PRECEDENTE

Mesmo o mais pontual abandono da incumbência de motivar atribuída ao julgador (sob provocação das partes ou de ofício, mediante oportunidade de manifestação), acaba por gerar efeitos altamente nocivos ao sistema de precedentes vinculantes. Tendo a alegoria do campo de influência do precedente como ponto de partida, pode-se prever a ocorrência – em tese – de duas espécies desses problemas, que ocasionam diferentes distorções na aplicação do precedente, conforme será abordado nos subitens a seguir.

2.3.1 Aplicar precedente ignorando potencial distinção que motivaria solução jurídica diversa

Primeiramente há o problema decorrente da invocação de precedente para decidir um caso concreto ignorando-se uma distinção potencialmente relevante que motive solução diversa. Aqui, a causa de distinção é ignorada ou afastada sem fundamentação. O julgador deixa de analisar peculiaridades do caso julgado, passando a aplicar irrefletidamente o precedente como causa suficiente para decidir e levar à conclusão.

O adequado enfrentamento da distinção existente serve tanto para formular um discurso racional e sustentável de justificação por precedentes, quanto para – no âmbito do direito positivo – “*demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*”, como prevê a exigência do inciso V do art. 489, §1º, do CPC/15, sob pena de nulidade por falta de fundamentação.

Se num primeiro momento esse problema afeta apenas as partes (com uma decisão não fundamentada), num segundo já poderá atingir a todos os jurisdicionados, pois quando esse novo caso for invocado como precedente para justificar a aplicação da sua solução jurídica a outros análogos, já teremos entrado em um redemoinho argumentativo que tornará cada vez mais improvável o rastreamento da falta de razões adequadas desde o início. E prolongada no tempo, a aplicação dessa linha jurisprudencial, já com diversas *gerações* de julgados, o problema

apenas tende a se agravar. Em um dado momento, haverá toda uma linha genealógica de decisões aplicadas a uma situação fática específica, sem, contudo, poder encontrar o antepassado comum (fundamento inicial da aplicação do precedente para aquela situação).

Por essa razão, aplicar precedente ignorando distinção (sem fundamentar sua irrelevância para adotar-se solução diversa) implica um *aumento artificial da extensão do campo de influência do precedente*. Ao entender-se que o precedente seria aplicável para resolver caso distinto (sem fundamentar a razão pela qual a distinção existente deixaria de motivar decisão em sentido contrário), o precedente original passa a abranger casos dotados de diferenças sem que haja o adequado enfrentamento dos argumentos que ajustariam estes casos ao mesmo precedente (Figura 2).

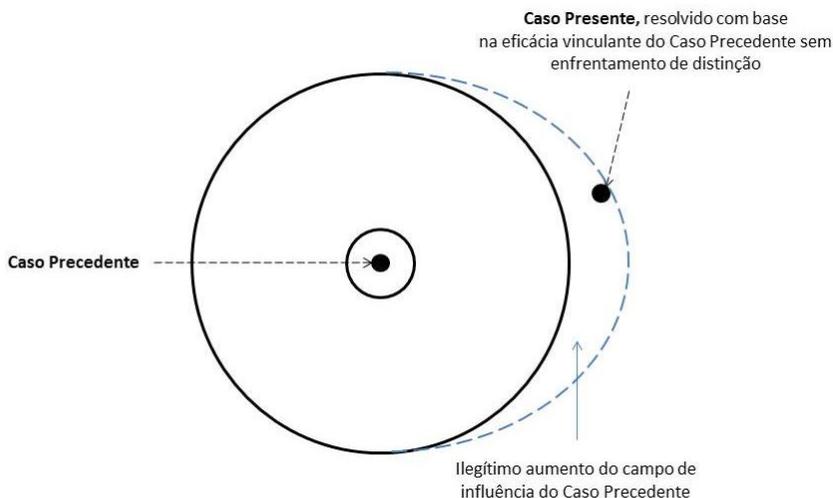


Figura 2 - Aplicação de precedente ignorando causa de distinção

Fonte: elaborado pelo autor.

Imprescindível notar que o problema aqui é sempre decorrente da falta de fundamentação, pois se a distinção for enfrentada e rejeitada fundamentadamente pelo julgador – no sentido de entender-se que ela não muda a conclusão para o caso concreto – ocorrerá apenas a normal e esperada lapidação das razões determinantes do precedente original por meio do *distinguishing*, que, quando rejeitado no caso concreto, passa a conferir legitimamente maior força ao precedente.

Veja-se que, para que haja esse aumento ilegítimo do raio de aplicação do precedente, é irrelevante o fato das partes terem ou não arguido a existência da distinção. Apenas o fato de o julgador acobertar sob o precedente um caso distinto sem enfrentar (ou ainda nem ao menos identificar) o dever de descrever a razão de aqueles fundamentos lhes serem (também) aplicáveis é mais que suficiente para corromper a aplicação da decisão vinculante, dando início a este redemoinho.

2.3.2 Ignorar precedente aplicável para conferir solução jurídica diversa sem respectiva fundamentação

O segundo problema é o inverso do primeiro. Decorre do fato de ignorar-se um precedente aplicável para conferir solução jurídica incompatível com o precedente sem a respectiva fundamentação. Nesse caso ocorre a alocação de um caso adequado a ser resolvido com as razões do precedente (suficientemente similar, portanto) fora do seu campo de incidência, conforme ilustrado na Figura 3.

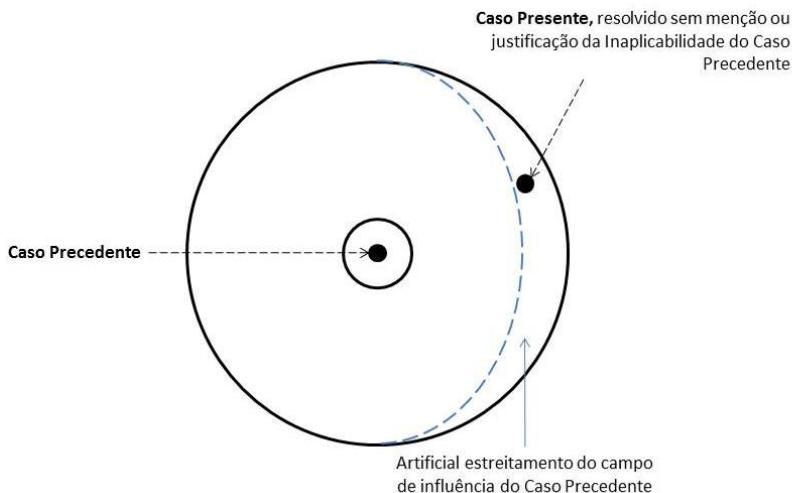


Figura 3 - Ignorar precedente vinculante aplicável sem fundamentação de distinção

Fonte: elaborado pelo autor

Novamente – e isso deve ficar absolutamente claro – o problema aqui é de falta de fundamentação. Caso haja a justificativa da razão pela

qual o caso julgado distingue-se não há problema algum, apenas a evolução da aplicação do precedente.

O equívoco manifesta-se quando o precedente aplicável deixa de ser considerado (e sobretudo enfrentado) pelo julgador competente, quando o julgador deixa de levar o precedente em consideração ao tomar novas decisões que se encontrem no seu raio de influência (seja para aplicá-lo, seja para descartá-lo). Da manifestação desse problema, sempre advém, portanto, violação ao art. 489, §1º, VI, CPC (não-fundamentação da decisão que “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”).

Nos países de tradição do *common law*, estes casos são chamados de precedentes *per incuriam*, decorrentes da tomada de uma decisão ignorando-se um julgamento anterior (ou provisão estatutária) que seria relevante para a decisão.³²⁰

No que se refere ao sistema de precedentes, essa hipótese de problema tende a ser mais facilmente diagnosticada e remediada. Se a negativa ao precedente pressupõe *in casu* sua ignorância, sempre se renovará (em novos casos) a oportunidade de invocar o precedente anterior e resolver o problema. Sendo invocado (e enfrentado) o precedente antes ignorado, restarão apenas os chamados “pontos fora da curva” na jurisprudência do tribunal, que, muito embora denotem a tomada de soluções “injustas” no caso concreto, não foram capazes de contaminar a jurisprudência como um todo. Contudo, caso a inobservância do precedente não seja remediada logo (nos casos subsequentes), corre-se o risco do precedente perder-se no tempo, soterrado por decisões posteriores que não lhe prestaram homenagem.

A distorção do campo de influência do precedente depende, portanto, da demora em verificar-se a sua inobservância. Num primeiro momento, apenas há uma pontual diminuição de sua força, que pode vir a tornar-se definitiva, caso persista o ato de ignorar o precedente vinculante.

De toda forma, considerando vinculante o precedente ignorado, as decisões tomadas nesses casos futuros tendem à nulidade por falta de fundamentação. A questão delicada é que há a real possibilidade do precedente nunca ser levantado por qualquer dos interessados, o que afastaria a nulidade do art. 489 e tornaria o problema *indetectável*. É

³²⁰ CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. p. 130-131.

função das partes e subsidiariamente do julgador trazer os precedentes relevantes (primeira etapa da aplicação de precedentes).

Aqui há um artificial estreitamento do campo de influência do precedente, vez que uma parcela de casos com aptidão para aplicação do precedente, em tese, não mais o serão, a partir da sobreposição de casos iguais resolvidos à revelia do julgado vinculante.

2.3.3 Conclusões parciais

A vinculação a precedentes, como buscou-se expor aqui, tem suas semelhanças com a vinculação empreendida pela coisa julgada. Pode-se dizer, inclusive, que a aplicação de um tem lugar, em tese, justamente quando o outro perde força, na medida em que reduzimos a identidade fática entre o caso passado e o caso a ser julgado.

Ao trabalhar-se com precedentes, há a perene necessidade de observância da adequada fundamentação, a fim de identificar fundamentos determinantes e justificar as específicas razões jurídicas e fáticas pelas quais o precedente dá sustento à parte que o invoca. Tomado este caminho, de séria e fundada formulação de distinções e de “não-distinções”, a evolução da jurisprudência (e do Direito) é nada mais que uma consequência natural.

Por outro lado, ao abandonar-se a justificação da aplicação ou não aplicação dos precedentes cultivam-se problemas graves no manejo da jurisprudência.

Tanto a injustificada alocação de um caso distinto dentro do campo de influência de um precedente vinculante (Figura 2), quanto a injustificada alocação de um caso igual fora desse campo (Figura 3) têm como consequência provocar as graves distorções no campo de aplicação do precedente descritas (de artificial alargamento ou estreitamento do seu campo de influência).

2.4 A SUPERACÃO DO PRECEDENTE

A inobservância de um precedente vinculante por um juiz de 1ª instância pode vir a ser remediada por diversos mecanismos disponíveis no ordenamento processual. Todo o sistema recursal existe justamente para resguardar a boa aplicação do Direito, para além da opinião jurídica de apenas um julgador. Dessa forma, um precedente mal interpretado, uma distinção mal feita, ou uma decisão vinculante ignorada pode (e

deve) ser corrigida pelos tribunais locais e pelas cortes superiores no caso concreto.

Contudo, quando se chega na corte prolatora do precedente – em situação na qual “corte precedente” e “corte presente” tornam-se o mesmo órgão – e esta vir a ignorar os fundamentos determinantes da decisão anterior, não há possibilidade de correção do erro dentro da lógica dos precedentes. Isso porque, ainda que haja meio de impugnação cabível para um órgão superior ou outro tribunal (do STJ para o STF por exemplo), a Corte *ad quem* já não deverá quaisquer homenagens ao precedente vinculante ignorado, pois ele não é vinculante com relação a esta Corte. Dessa forma, a Corte *ad quem* até poderá adotar solução compatível com as razões do precedente. No entanto, o estará fazendo apenas por ter substancialmente concordado com estas razões, não porque deveria fazê-lo.³²¹

Tão importante quanto observar os precedentes das Cortes Superiores é observar a condição destas Cortes respeitarem suas próprias decisões, aplicando adequadamente as regras jurídicas instituídas em suas decisões para casos futuros. Respeitar precedentes é, antes de tudo, respeitar os seus próprios precedentes.³²²

Ainda assim, muito embora o uso de precedentes tenha por premissa básica a necessidade de respeito às decisões passadas, isto nem sempre será adequado. Determinadas alterações de cunho social, econômico ou político, ou mesmo a própria alteração do direito positivo podem tornar determinado precedente obsoleto ou impraticável.³²³ Neste

³²¹ Remete-se o leitor ao subitem 1.1.1, onde discutiu-se a distinção de Schauer sobre aprender com o passado e seguir o passado.

³²² Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr. explica que o modelo de precedentes depende da observância dos próprios precedentes pelos tribunais que os estabelecem (ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 927, do CPC/15. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1335; e também o Enunciado 169 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e §4º do art. 927.”

³²³ Enunciado 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, art. 927, §4º: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.”

caso, mais que a simples possibilidade de distinção, será necessário pensar-se na superação e abandono por completo do precedente judicial.

Precedentes, pois, não são indestrutíveis.³²⁴ Desde a publicação do *Practice Statement* (1966), a *House of Lords* Inglesa entendeu-se competente para revogar seus próprios precedentes “quando isso parecesse correto” (“*when it appears right do so*”). Já a Suprema Corte dos Estados Unidos sempre trabalhou com esta prerrogativa³²⁵. No *common law* esta técnica é chamada de *overruling*, que pode ser entendida como a superação do precedente.

O CPC/15 preocupa-se com o tema e prevê, no §4º do seu art. 927, que:

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.

Neste trabalho, utiliza-se a expressão *superação do precedente* em detrimento à ideia de *revogação do precedente*³²⁶. Foi feita esta opção porque o regime jurídico do instituto da revogação é associado à extinção de um ato jurídico por outro de igual natureza ou superior em

³²⁴ Nas palavras de Antônio Cabral: “a busca pela correção e o aprimoramento das decisões deve permitir alterações de conteúdo em julgamentos futuros. Da mesma forma que todos prezamos que um entendimento consolidado tenha estabilidade, deve ser natural ao sistema jurídico a sua alteração pela percepção de que este mesmo entendimento está equivocado ou que a modificação da própria sociedade revela sua obsolescência. Em nome da evolução e desenvolvimento do direito, a jurisprudência deve estar aberta à mudança.” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, v. 221, p. 3-4, jul. 2013.

³²⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. p. 148-149.

³²⁶ Expressão utilizada por Marinoni por exemplo, em: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*.

hierarquia por razões de conveniência ou oportunidade (seja um ato legislativo ou administrativo).³²⁷

Quando uma lei revoga (ou abroga) uma anterior, não necessita de motivos específicos para tanto – precisa sim ser compatível com a Constituição e sufragada pelos representantes eleitos pelo povo. Estas circunstâncias conferem a legitimidade necessária ao ato. O Poder Judiciário, por outro lado, ao “revogar” um precedente, deve fazê-lo mediante razões jurídicas qualificadas – razões jurídicas estas que dão legitimidade à sua jurisdição como viu-se anteriormente, por isso prefere-se a expressão *superação do precedente* ou *do entendimento*.

Essa fundamentação adequada e específica certamente não compreende o mero “repensar o Direito”³²⁸, o simples mudar de ideia baseado única e exclusivamente nas razões já debatidas e antes vencidas, ou na simples mudança de composição da Corte. Trata-se de manifestação da eficácia horizontal do precedente judicial. O tribunal é

³²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 449: “revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conviência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes”.

³²⁸ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni diz o seguinte: “Como é óbvio, não se quer dizer com isso que o Supremo Tribunal Federal não possa, diante da alteração da realidade social, da evolução da tecnologia ou da própria transformação da compreensão do direito (o que não se confunde com o mero repensar o direito), entender que os fundamentos das suas decisões perderam consistência, e que, assim, os seus precedentes devem ser revogados. Isto é plenamente viável no common law. Aliás, isso sempre foi praticado nos Estados Unidos. No common law, os precedentes são revogados fundamentalmente mediante o que se denomina de *overruling*. Não há dúvida que o Supremo Tribunal Federal pode revogar os seus precedentes. Pode revogar, note-se bem, as *rationes decidendi* das suas decisões. Para tanto, contudo, tem de se desincumbir de pesado ônus argumentativo, demonstrando que as razões que levaram à elaboração do precedente que se quer revogar não são mais sustentáveis em virtude de motivos novos, que devem ser mostrados presentes. Tais “motivos novos”, é evidente, estão muito longe de novos entendimentos pessoais acerca da questão já debatida” (MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DE OLIVEIRA, Pedro Miranda (Orgs.). *Novas tendências do processo civil*. p. 859).

vinculado aos seus próprios precedentes, podendo superá-los quando houver razões adequadas para tanto.

O CPC/15 não especifica essas razões para além da necessidade de respeito à isonomia e confiança depositada no precedente. E nem seria desejável que fosse diferente, pois o sistema de precedentes precisa de meios para se oxigenar, fazendo com que a jurisprudência acompanhe a evolução social da melhor maneira possível, respondendo às mudanças do Direito e no mundo dos fatos ao redor dos tribunais.

Melvin Eisenberg propõe um princípio geral para a superação de um precedente que envolve três elementos distintos: (1) a congruência social do precedente; (2) a consistência sistêmica do precedente e; (3) os valores de estabilidade do precedente. Esses três elementos se relacionam em um sistema de pesos e contrapesos na operação de superar ou não o precedente.³²⁹

O princípio básico é que um precedente deve ser superado se substancialmente falhar em satisfazer os critérios da congruência social e da consistência sistêmica, ao mesmo tempo em que os valores de estabilidade do precedente (entendidos como isonomia, confiança justificada e da vedação da surpresa injusta³³⁰) mais fundamentarem o seu abandono do que sua preservação.

Colocado em outros termos, como aponta Luiz Guilherme Marinoni, a perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica do precedente são os requisitos básicos para o *overruling* – e devem ser confrontados com os critérios que motivam a necessidade de preservação do precedente – confiança justificada dos jurisdicionados e prevenção contra a surpresa injusta³³¹.

Congruência social é a compatibilidade do precedente com as proposições de ordem moral, política e de experiência vigentes. Proposições morais estão associadas à valoração de certo ou errado de uma conduta a partir de um consenso geral da comunidade. Proposições políticas, por sua vez, estão associadas ao atingimento do bem-estar comum da sociedade. Já as proposições de experiência ecoam o “modo como o mundo funciona” – no que é comparável às regras de experiência do direito probatório.³³²

³²⁹ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 104-105.

³³⁰ Adotou-se aqui a tradução de: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 391.

³³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 393.

³³² EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 44-47.

Ravi Peixoto aponta que “o precedente não teria mais congruência social, a partir do momento em que há uma incompatibilidade entre esse entendimento e a própria mudança fática da sociedade.”³³³

Quanto menos congruência social tiver um precedente, mais alheio à sociedade ele estará. E tanto mais anacrônico soará aos ouvidos de quem tiver de aplicá-lo. Mudanças de natureza política, social, cultural ou econômica paulatinamente vão empurrando o julgador contra o precedente.

Congruência social, portanto, está associada à harmonia do precedente com os valores extrajurídicos que regem a vida em sociedade. E podemos dizer que quanto menos socialmente congruente for um precedente, mais próximo estará de ser legitimamente superado. Mas isso não basta.

Em segundo lugar, com forte associação à congruência social do precedente, há a ideia de consistência sistêmica, segundo a qual todas as regras que compõem o ordenamento jurídico devem ser consistentes umas com as outras.³³⁴

Consistência sistêmica envolve aplicação sucessiva de uma regra jurídica compatível com as proposições sociais que dão suporte aos fundamentos determinantes do precedente, respeitando, sobretudo, a imparcialidade (“*evenhandedness*”) do Direito. Isto é, não só a elaboração de regras universalizáveis, mas a efetiva aplicação nos casos subsequentes de regras compatíveis com essas proposições universalizáveis.³³⁵

Ao tratar da formulação de distinções, viu-se que a sucessão daquelas tidas por relevantes ou irrelevantes irá alterar a abrangência do campo de influência do precedente. Cada exceção atribuída à aplicação dos fundamentos determinantes do precedente irá impor uma condição a mais para aplicação dessa *ratio*, estreitando seu campo de aplicação. Em contrapartida, cada diferença tida por irrelevante irá tornar o precedente mais abrangente, precisamente porque aquela diferenciação não foi capaz de gerar solução jurídica diversa.

Essas distinções não são, por si só, necessariamente nocivas ao precedente. Antes de qualificá-lo como ruim ou inútil, as distinções

³³³ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. p. 203.

³³⁴ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 44-47.

³³⁵ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 46.

apenas dizem que ele não é aplicável ao caso analisado³³⁶ (na expressão de Duxbury, “*good but inapplicable law*” ao invés de “*bad law*”³³⁷).

Por outro lado, ocorre a quebra da congruência quando aplica-se o precedente de forma a formular uma distinção – ou negar a existência de uma – baseado em razões incompatíveis com as proposições sociais que dão sustento ao precedente. Dessa forma, os fundamentos determinantes do precedente deixam de guardar coerência com outras decisões. E essas distinções são qualificadas por isso como inconsistentes, porque são incompatíveis com as razões que dão sustento ao precedente.³³⁸

Por exemplo, seria evidentemente uma decisão inconsistente excepcionar a aplicação de uma norma jurídica sobre responsabilidade civil por acidente de trânsito com base na naturalidade do motorista. As distinções inconsistentes são facilmente desmascaradas como formulações não universalizáveis, associadas a uma aplicação parcializada do precedente.

Para aclarar o ponto, pode-se erigir um paralelo entre a teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca das violações ao princípio da isonomia e a formulação de distinções inconsistentes. Segundo o autor, quando a lei empreende diferenciação entre indivíduos – determinado benefício para determinado grupo, por exemplo – deve haver uma *correlação lógica* entre o fator de discriminação (critério utilizado) e a diferenciação empreendida (efeitos jurídicos).³³⁹

Um exemplo dado pelo autor é a concessão de licença remunerada a funcionários gordos para frequentarem congresso religioso. O critério de diferenciação (fator de *discrímen*) escolhido – compleição corporal – não é em si insuscetível de fundamentar diferenciações pela lei. O que o torna inadmissível é que não guarda qualquer correlação lógica com os efeitos jurídicos atribuídos – licença remunerada para frequentar congresso religioso.

Para Bandeira de Mello, portanto, “a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o

³³⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. p. 470.

³³⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 113.

³³⁸ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 136-138.

³³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 37-40.

tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo”³⁴⁰.

O raciocínio pode ser facilmente transposto para a teoria das distinções inconsistentes, na medida em que o que torna uma distinção inconsistente não é o critério em si adotado – razão de diferenciação –, mas a incompatibilidade desse critério com as razões que dão sustento ao precedente afastado.

Os fundamentos determinantes do precedente equivalem aos efeitos descritos na lei discriminadora, enquanto a razão de distinção do precedente equivale ao fator de *discrímén* adotado pela lei. A distinção (discriminação) só é consistente (respeitante à igualdade) se houver compatibilidade (correlação lógica) entre o critério adotado e as razões que dão sustento ao precedente (entre o fator de *discrímén* e os efeitos jurídicos atribuídos pela lei).

À primeira vista, seria possível concluir que a formulação de distinções inconsistentes é indesejável e nociva à racionalização do direito jurisprudencial. Não é assim, todavia.

Em um sistema de precedentes vinculantes, resta ao juízo inferior a obrigação legal de empreender a mesma solução para o caso presente, se entender que o caso precedente lhe é aplicável. A formulação de uma distinção inconsistente é, muitas vezes, o início da verificação da deterioração da própria congruência social do precedente, um meio de defesa dos juízos vinculados para com a aplicação de um precedente já não mais aceito pela comunidade jurídica.³⁴¹

Por isso, vê-se que congruência social e consistência sistêmica andam de mãos dadas. Em ambos os conceitos é crucial a compreensão das proposições sociais (morais, políticas e de experiência) que dão azo ao precedente. A modificação da sociedade faz diminuir a congruência social do precedente, o que motiva a sua aplicação de maneira inconsistente, a fim de procurar soluções jurídicas mais adequadas ao caso.

Essas distinções serão postas à prova pelo sistema recursal. Sendo derrubadas, manter-se-á o precedente intacto. Sendo confirmadas, estarão colaborando para a sua deterioração.

³⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. p. 39.

³⁴¹ Luiz Guilherme Marinoni destaca a aptidão da formulação das distinções inconsistentes como um passo provisório para a superação do precedente (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 334).

A formulação de distinções inconsistentes também é bastante menos nociva à doutrina dos precedentes que o simples “ignorar” o precedente. Como anota Duxbury, o próprio fato de o juiz explicitamente afastar-se do precedente já é evidência da autoridade do precedente.³⁴²

Por outro lado, a falta de fundamentação na formulação de distinções ocasiona graves distorções no campo de influência do precedente.³⁴³ Mesmo um enfrentamento ruim do precedente é melhor que nenhum enfrentamento. Uma distinção absurda é facilmente desmascarada, e se não o for, certamente é porque o precedente já enfrenta resistência na comunidade jurídica, tendo em conta típicos problemas de congruência social.³⁴⁴

A inconsistência sistêmica não é observável somente entre decisões de aplicação de um mesmo precedente, ou de uma mesma “doutrina”. Antes disso, a inconsistência sistêmica pode ser observável entre os fundamentos do precedente e outras regras jurídicas afins. Isto é, pode-se observar a incompatibilidade do precedente com a concepção geral do Direito, a que o precedente não pôde acompanhar. A estas duas modalidades de consistência, Eisenberg chama de coerência interna – aplicação de uma mesma regra jurídica – e externa – conformidade desta aplicação com o restante do ordenamento.³⁴⁵

Como visto, segurança jurídica e igualdade são dois dos elementos centrais em uma doutrina de precedentes. A previsibilidade do funcionamento do Poder Judiciário e o tratamento igual para situações iguais são nucleares à adequada aplicação de um precedente.

³⁴² “*The very fact that a judge explicitly departs from a precedent might be considered evidence that the precedent has some authority, for explicit departure from a precedent invariably entails an explanation; judicial precedents would only be devoid of authority if judges felt no need to offer reasons for their actions in those instances when they choose not to follow them.*” Tradução livre: “O próprio fato de um juiz se afastar explicitamente de um precedente pode ser considerado evidência de que o precedente tem alguma autoridade, pois o explícito afastamento de um precedente invariavelmente demanda uma explicação; Os precedentes judiciais só estariam desprovidos de autoridade se os juízes não sentissem necessidade de oferecer razões para justificar porque optaram por não segui-los” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 112).

³⁴³ Nesse sentido ver subitens 2.3.1 e 2.3.2.

³⁴⁴ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 137-138.

³⁴⁵ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 103-105.

Sendo assim, verificada a incongruência social do precedente, e, também que esta incongruência tenha gerado aplicação inconsistente, tanto a segurança jurídica quanto a isonomia são afetadas negativamente.

As aplicações inconsistentes ocasionam violações à isonomia, já que determinados sujeitos terão o precedente aplicado para si, enquanto outros não – sem um fator de *discrímen* válido perante as razões do precedente. Essas inconsistências também atacam a confiança depositada no precedente. Pois já não se pode mais prever adequadamente o resultado da sua utilização.

Dessa forma, as incongruências sociais e inconsistências sistêmicas vão paulatinamente minando os valores de estabilidade depositados no precedente. Estas razões passam a militar contra a preservação do precedente quando, por conta de contínuas demonstrações de incongruência social ou sistêmica do precedente, este deixa de servir de exemplo para as condutas dos jurisdicionados, pois sua aplicabilidade já passa a ser incerta e pouco precisa. Daí por diante haverá um momento em que será mais esperada a revogação do precedente do que a sua manutenção.

A partir dessa queda de confiança no precedente – motivada por suas incongruências e inconsistências – é que deve ter lugar a sua superação. Daí a menção, no art. 927, §4, CPC/15, de que a partir da fundamentação adequada e específica tome-se em consideração “os princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia” – que nada mais são do que as razões que motivariam a preservação do precedente antes de sua derrocada.

Como Melvin Eisenberg pontua, a superação de um precedente frequentemente não envolve uma mudança brusca de curso.³⁴⁶ A mudança de entendimento já deve ser esperada, considerando todo um contexto maior envolvendo o precedente e as outras proposições jurídicas que o cercam, e que com ele já contrastam.

Perceba-se que a incongruência social do precedente motiva inicialmente a formulação de distinções sem fator de *discrimen* sustentável, para depois justificar a toda prova a própria superação do precedente.³⁴⁷

³⁴⁶ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. p. 104.

³⁴⁷ “É claro que essas situações também podem ser evidenciadas pelos tribunais mediante distinções inconsistentes. Essas distinções, especialmente quando fundadas em proposições sociais inconsistentes com as que embasam o

A confiança no precedente é o fiel da balança de sua superação. Se a sociedade já mudou a ponto do precedente deixar de incutir confiança na comunidade jurídica, está na hora de superá-lo.

Baseado na confiança depositada no precedente também é crucial pensar-se sobre a eficácia da mudança de entendimento. O §3º do art. 927, CPC/15 expressamente autoriza a modulação dos efeitos dessa superação:

§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.

A modulação dos efeitos da decisão, compreendida como a irretroatividade (ou a prospectividade) de uma tese, é justificada na manutenção da confiança legítima depositada naquele entendimento.

Essa previsão é comparável ao chamado *prospective overruling*, presente nos países que adotam a *doctrine of stare decisis*. Trata-se de instituto que objetiva limitar os danos causados pela alteração da jurisprudência à confiança justificada dos cidadãos na força do precedente.^{348 e 349}

Desde a Lei Federal 9.868/99 (Lei da ADIn), há a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões em controle concentrado de

precedente, constituem evidências de que este será revogado em breve” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 403.

³⁴⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. p. 161-162; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 426.

³⁴⁹ Outras variantes da técnica de modulação identificadas por Thomaz Bustamante são *purely prospective overruling* (aplicação puramente prospectiva, quando o tribunal aplica o novo entendimento para fatos ocorridos apenas após o julgamento; a *regular prospective application* (aplicação quase prospectiva), onde o tribunal aplica o novo entendimento para fatos ocorridos após o julgamento mas, de outro lado, estabelece a aplicação retroativa no caso específico; e a “aplicação prospectiva-prospectiva”, onde o tribunal pspõe os efeitos da nova regra para uma data futura (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. p. 420-421).

constitucionalidade (art. 27³⁵⁰). Essa previsão, é claro, compreendia os efeitos concretos de uma parte dispositiva de uma decisão de inconstitucionalidade. Os efeitos da decisão inteira são modulados para manter hígidos (às vezes *pro futuro*) efeitos de uma lei agora julgada inconstitucional. A eficácia da decisão como um todo é sustada para um momento no futuro. Esta modulação, muito embora vise a resguardar também vetores de segurança jurídica, não necessariamente estará associada a uma mudança de entendimento.³⁵¹ É comum a abordagem pelo STF para proporcionar tempo de adaptação ao Poder Público.³⁵² Exemplos não faltam, como o julgamento da ADI 4.425³⁵³, sobre a Emenda Constitucional dos precatórios, ou a ADI 4.270³⁵⁴, decisão sobre a inconstitucionalidade do modelo de defensoria dativa implementado em Santa Catarina.

Isto é diferente da modulação descrita no referido dispositivo do CPC/15, que expressamente autoriza a modulação dos efeitos de uma revisão de entendimento de fundamentos determinantes aplicáveis a casos análogos. Quando fala-se em *overruling*, o foco mais uma vez não é a decisão (compreendida como o dispositivo), e sim a tese, que pode ou não ser aplicada diretamente ao caso em exame e a casos análogos contemporâneos ou futuros.

³⁵⁰ Lei Federal 9.868/99: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”.

³⁵¹ Como bem destacam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, em MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 926 a 975. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 178.

³⁵² Como Bustamante destaca, a proposição de efeitos apenas para uma data futura demonstra normalmente que o tribunal “pretende dar uma chance ao legislador para que faça as alterações no Direito necessárias para a aplicação tranquila e adequada desse novo precedente judicial” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. p. 421).

³⁵³ STF, Tribunal Pleno, ADI 4425 QO, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/03/2015, DJe 03/08/2015.

³⁵⁴ STF, Tribunal Pleno, ADI 4270, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 14/03/2012, DJe 24/09/2012.

Nada obstante, atualmente o STF já vinha modulando os efeitos de diversas decisões também fora do controle concentrado em circunstâncias bastante próximas ao que almeja o novo CPC.³⁵⁵ Também em decisão paradigmática de relatoria do Min. Gilmar Mendes (RE 637.485, julgado em 1º/8/12³⁵⁶) foi dada interpretação ampliativa

³⁵⁵ Veja-se, por exemplo, o Recurso Extraordinário 600.885, onde o STF modulou pro futuro os efeitos de decisão que entendeu que a CF/88 não recepcionou dispositivos da Lei Federal 6.880/80 que possibilitava a instituição de requisitos para ingresso nas forças armadas por meio de regulamentos infralegais.

³⁵⁶ Trecho pertinente da ementa: “Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior” (STF, Tribunal Pleno, RE 637485, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 01/08/2012, DJe 20/05/2013).

ao art. 16 da CF³⁵⁷, para entendê-lo aplicável também às alterações de jurisprudência sedimentadas em matéria eleitoral ocorridas durante ou logo após as eleições. São claras manifestações de preocupação do STF com o resguardo dos princípios da segurança jurídica e proteção da confiança depositada na jurisprudência, valores resguardados ainda em maior medida pelo § 3º do art. 927 do CPC.

A alteração legislativa também pode ser uma razão para superar dado precedente³⁵⁸, inclusive, primeiro, motivando a formulação de distinções (já que a legislação nova pode impor conclusão diversa daquela do precedente), em seguida, eventualmente desidratando por completo o precedente, uma vez verificado que nada da nova legislação dá respaldo àquelas conclusões anteriores.

Sendo a lei escrita a base de sustentação interpretativa dos precedentes, caso esta venha a ser alterada pelo legislador, perderá sustento o entendimento jurisprudencial baseado na legislação revogada. Na Lei Federal 11.417/06, que trata da aprovação, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes, há a previsão expressa de que “revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso” (art. 5º).³⁵⁹

É importante lembrar que a revogação de uma lei pelo legislativo não presta qualquer homenagem ao quanto os jurisdicionados

³⁵⁷ CF/88, Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência (Redação dada pela Emenda Constitucional 4, de 1993).

³⁵⁸ Nesse sentido, ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. p. 441; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. p. 259.

³⁵⁹ Victor Nunes Leal explica que: “a Súmula pode modificar-se, ou perder sua eficácia, total ou parcialmente, quando se altera a norma de direito cuja interpretação nela se traduz. Com o evolver das reformas constituintes e legislativas, alguns enunciados ficam prejudicados, no todo ou em parte, sem direta interferência do Supremo Tribunal, que apenas registra ou divulga tais consequências. Assim, por exemplo, quando se reduziu aos casos de ofensa à Constituição o recurso extraordinário em matéria trabalhista, uma série de súmulas - salvo para fins retrospectivos - deixou de ter utilidade. O mesmo aconteceu em casos de modificações de leis ou decretos” (LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da súmula do STF. Revista de Direito Administrativo*, n. 145, p. 6, jul.-set. 1981).

depositavam confiança ou não na norma revogada. Esse problema fica para o direito intertemporal e suas interações para a definição dos direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e da inaplicabilidade da nova legislação a situações passadas (irretroatividade).

Nada obstante, o momento de uma alteração legislativa também é de crucial importância para avaliar os valores da confiança justificada no precedente. Considerando a irretroatividade das leis, a decisão política de aprovar nova legislação pode ser vista como um claro marco na história do precedente baseado na legislação revogada, a fim de verificar sua perda de força enquanto modelo de conduta.³⁶⁰ Da mesma forma, a correção legislativa da jurisprudência pode servir para dirimir uma aplicação inconsistente de um precedente que já não tem eco na comunidade jurídica, atualizando o Direito aplicável à matéria com os atuais valores de congruência social, independentemente da superação expressa do precedente.³⁶¹

A superação do precedente é função típica do órgão que o prolatou. Um órgão jurisdicional hierarquicamente inferior não detém competência para rever os precedentes de órgão superior, aos quais está vinculado pela eficácia vertical dos precedentes.³⁶²

Entretanto, no *common law*, reconhece-se a possibilidade de uma Corte inferior antecipar-se a esta superação quando presentes razões qualificadas que tornem presumível o fato de que o precedente será

³⁶⁰ Morgana Galio sustenta que a alteração do texto legislativo importa superação automática, independente da manifestação do Judiciário (GALIO, Morgana Henicka. *Overruling*. p. 237). Não se pode concordar com a referida posição porque não há como conceber superação automática, já que o modo como a legislação se relacionará com o precedente anterior deverá necessariamente ser objeto de interpretação.

³⁶¹ Além disso, “A correção legislativa pode ainda cumprir a importante tarefa de discutir um tema decidido pelo Judiciário sem as considerações sistêmicas que múltiplas decisões judiciais podem acarretar. Ou seja, a correção legislativa pode funcionar como instrumento legítimo de nova discussão de temas decididos por meio de entendimentos jurisprudenciais decorrentes da típica “visão de túnel” dos processos judiciais, nos quais geralmente os aspectos particulares do caso em exame acabam prevalecendo em relação à visão panorâmica e sistêmica do assunto” (OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Estado legislativo e correção legislativa da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 73, 2010, p. 13).

³⁶² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. p. 345.

revogado quando a Corte Superior tiver oportunidade de revê-lo. Trata-se do chamado *anticipatory overruling*³⁶³.

O instituto, todavia, não parece ser formalmente aplicável ao direito brasileiro³⁶⁴. A superação antecipada do precedente tem utilidade prática quando consideramos o contexto dos sistemas judiciários americano e inglês, onde o acesso às Cortes de vértice é sobremaneira restrito. No Brasil, com a previsão constitucional de alcance aos tribunais superiores pela via dos recursos excepcionais, o STF ou STJ poderão manifestar-se sobre o caso concreto, em recurso que será admitido se for o caso de alterar-se o entendimento vinculante. Eventual perigo de dano poderá muito bem ser dirimido por tutela de urgência, sem a necessidade de adentrar-se no mérito do precedente. Além disso, é inderrogável a prerrogativa dos julgadores vinculados à Corte de vértice distinguirem a aplicação do caso baseado em precedente que já não detém congruência social.

Por fim, cabe responder a uma última pergunta: por qual procedimento deve ser realizada a superação do precedente? Supondo que seja verificado seu descompasso com os valores sociais e seja aferida a falta de confiança na tutela da segurança do precedente, por quais mecanismos essa superação deve ocorrer?

Via de regra, pode-se dizer que um precedente deve ser superado pelo mesmo procedimento que o gerou. Esta constatação vale especialmente para enunciados aprovados formalmente, como são as súmulas vinculantes e não vinculantes.³⁶⁵ Nada obstante, não há

³⁶³ Conforme analisado por Margaret Kniffen no sistema jurídico americano em KNIFFEN, Margaret N. *Overruling supreme court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. In: Fordham Law Review, vol. 51, issue 1, article 2, p. 53-89.

³⁶⁴ Nada obstante, Morgana Henicka Galio em GALIO, Morgana Henicka. *Overruling*. p. 251-257 trouxe o exemplo dos casos de prisão do depositário infiel, pois mesmo antes do STF formalmente cancelar a súmula 619 (“A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.”) e concluir o julgamento do RE 466.343 – onde a matéria era debatida – já foram concedidos *habeas corpus* de ofício no STF e outra cortes para sustar prisões baseadas na condição de depositário infiel (nesse sentido ver no STF: HC 93.435, HC 90.354 e HC 88.173).

³⁶⁵ Sobre a superação de enunciado de súmula, Ronaldo Cramer sustenta que: “os únicos precedentes que são modificados de forma abstrata são as súmulas. Esse tipo de precedente – que, como visto, é um precedente lato

impedimento jurídico para que se reconheça a obsolescência de uma antiga súmula em um julgamento *inter partes*, sendo, todavia, bastante conveniente, por razões de segurança jurídica, que se proceda ao cancelamento oficial do enunciado, para deixar de induzir o jurisdicionado a erro com um enunciado vigente que já não tem aplicabilidade.

Tratando-se de precedentes firmados em julgamentos (jurisdicionais), a questão torna-se bem mais flexível.

Não há qualquer necessidade para que um precedente firmado em ação direta de inconstitucionalidade – que ateste a inconstitucionalidade de lei municipal que institua tipo penal, por exemplo – venha a ser superado por uma ação de controle concentrado subsequente. A coisa julgada *erga omnes* e o efeito vinculante típicos da ação direta permanecem incólumes (não cabe a um julgamento posterior “ressuscitar” uma lei declarada inconstitucional, ou desfazer os efeitos do julgamento anterior), mas as razões jurídicas – os fundamentos determinantes – podem vir a ser revistos no julgamento de outro processo. Vale a ressalva, todavia, de que quanto mais “formalizada” for a formação do precedente – pense-se nas “teses” de repercussão geral – maior a necessidade de proceder-se ao formal cancelamento para promover a confiança depositada agora na superação do precedente.

2.5 INFLUÊNCIA DOS PRECEDENTES NO CURSO DO PROCESSO (CATALISADOR POSITIVO OU NEGATIVO)

Quais as consequências da aplicabilidade de um precedente a fim de solucionar um caso concreto?

Aqui parte-se da premissa de que o precedente em questão é aplicável ao caso presente e que a utilização de suas razões determinantes é capaz de esgotar o conteúdo dos pedidos da ação ou recurso.³⁶⁶ Esta premissa servirá para poder-se adequadamente visualizar as diferenciações de regime jurídico processual associadas a esta

sensu, pois representa o precedente que motivou a sua edição – tem procedimento específico e abstrato para revisão ou cancelamento. Esse procedimento encontra-se nos regimentos internos dos tribunais” (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. p. 151).

³⁶⁶ Importante ter assente essa premissa apenas para compreender a construção, pois o precedente em um processo real frequentemente apenas se portará a resolver uma questão jurídica incidente, não o caso como um todo.

circunstância. Os problemas associados à discussão sobre a aplicabilidade ou não do precedente ao caso (distinções) e possibilidades de controle pelo órgão competente serão discutidas no capítulo seguinte.

Partindo do raciocínio de que o caso presente encontre-se dentro de um campo de influência de um caso precedente, pode-se supor também que a aplicação desse precedente impõe ao caso presente uma solução em determinado sentido. As razões do precedente podem tanto beneficiar o autor quanto prejudicar o direito postulado. Para fins de simplificação, tomemos as opções binárias de improcedência total ou procedência total das razões do autor/recorrente. Isto é, para fins da explanação deste item, ou o precedente dá razão total ao autor, ou dá nenhuma razão.

Compreendendo as consequências da alocação do caso nesses dois extremos, resolve-se o problema da procedência parcial tranquilamente a partir da aplicação da teoria dos capítulos de sentença.³⁶⁷

Estas premissas pressupõem que o resultado final do processo deverá ser aquele justificado no precedente, pois o Direito interpretado nos tribunais em um precedente vinculante (art. 927, CPC/15) sustenta essa conclusão.

Para além da força vinculante exercida pelo precedente no resultado final da demanda (sentença), os precedentes também autorizam abreviações de procedimento³⁶⁸ durante o trâmite do processo.

Em qualquer dos sentidos em que o precedente possa ser invocado – para fundar ou infundar totalmente o pedido do autor – suas razões atuam como catalisadores, enquanto “aceleradores” do resultado final esperado do processo. Esta propriedade funciona tanto em favor do autor – procedência total – quanto contra ele – improcedência total –, a depender da posição dos fundamentos determinantes do precedente em relação ao direito postulado.

Os subitens seguintes abordarão especificamente cada um dos momentos em que os precedentes podem fundar estas abreviações de procedimento, quais sejam: possibilidade de julgamento liminar do processo (art. 332, CPC/15); possibilidade de concessão de tutela de evidência (art. 311, CPC/15); dispensa de remessa necessária (art. 496, §

³⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁶⁸ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. p. 198.

4º, CPC/15); autorização de julgamento monocrático nos tribunais (art. 932, IV e V, CPC/15); presunção de existência de repercussão geral em recurso voltado contra acórdão contrário a precedente (art. 1.035, § 3º, CPC/15); dispensa de caução em execução provisória (art. 521, IV, CPC/15); e alteração do regime jurídico de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário (art. 1.030, CPC/15).

Veja-se que estas abreviações de procedimento apenas aceleram o resultado final do processo *que já é esperado em face da leitura jurídica do caso concreto* – conforme pressuposto para fins desta explanação. Inexistissem essas especificações procedimentais e se fosse aplicada coerentemente a regra do precedente, o resultado final seria rigorosamente o mesmo. São benefícios processuais para autor ou réu que intentam alcançar esse resultado com menos atos processuais e, em última análise, em menos tempo.

Portanto, o valor primordialmente defendido por essas abreviações de procedimento (art. 332, CPC/15, por exemplo) ou adiantamentos do provimento final (art. 311, CPC/15, por exemplo) é a celeridade processual.

Como visto, segurança e igualdade são os valores primordiais à doutrina dos precedentes³⁶⁹, mas esta ideia não exclui que os precedentes racionalmente identificados e aplicados possam colaborar para obtenção de decisão efetiva em duração razoável.

Essas abreviações de procedimento não tornam logicamente (mais) certa a aplicação do precedente ao caso concreto, pois sempre há a dependência da interpretação do julgador em reconhecer a aplicabilidade dos fundamentos determinantes do precedente ao caso concreto. Isso pode (ou não) ocorrer com ou sem o conhecimento de um pedido de tutela de evidência em 1º grau ou de um julgamento monocrático pelo relator, por exemplo.

³⁶⁹ Como também destacam: PINHO, Humberto Dall Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Araguão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes vinculantes previsto no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 259, p. 414, set. 2016; e CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 260, p. 277-304, out. 2016.

2.5.1 Improcedência liminar do pedido (art. 332, CPC/15)

O primeiro exemplo de abreviação de procedimento é o mais drástico deles, porque dispensa a própria perfectibilização da relação jurídica processual entre autor, réu e juiz,³⁷⁰ a fim de, por meio da autoridade de um precedente considerado vinculante, julgar já *in limine* improcedente o pedido.

A disposição do art. 332 do CPC/15 prevê que “nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – o enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – o entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – o enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

Muito embora haja posições em contrário³⁷¹ e a própria lei utilize a forma verbal imperativa (“julgará”), não se considera que o dispositivo

³⁷⁰ “Quando o autor propõe uma demanda em juízo, forma-se uma relação jurídica entre ele e o juiz; com a citação do réu, esta relação jurídica se completa, ligando o réu ao juiz; e todos são, enquanto sujeitos processuais titulares de direitos, poderes e faculdades, e os correspondentes, deveres sujeições e ônus.” (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 170.

³⁷¹ Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva compreendem que nos casos de coincidência entre as previsões do art. 927 e art. 332 há um dever do magistrado, e não mera faculdade, de julgar liminarmente improcedente o pedido (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. O julgamento liminar de improcedência do pedido: a previsão do CPC/2015 comparada à do CPC/1973. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 261, p. 150, nov. 2016. Daniel Amorim Assumpção Neves também vê um dever do juiz, argumentando que essa conclusão “não depende de expressão legal, mas sim da eficácia vinculante dos entendimentos consolidados pelos tribunais que admitem essa espécie de julgamento liminar” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 568). No mesmo sentido Ezair Meurer observa que o dispositivo impõe dever ao magistrado quando utiliza-se da forma verbal imperativa “julgará”, diferentemente da hipótese de reconhecimento de prescrição e decadência (§1º, do art. 332, CPC/15) onde o legislador utiliza

imponha uma obrigação ao magistrado competente³⁷², simplesmente pela razão de que não há um direito subjetivo do réu à improcedência liminar do pedido (direito a não participar do processo). Um despacho de citação não é nulo porque o magistrado “deveria” ter julgado improcedente de plano a demanda. Dessa forma, entende-se aqui que a questão sobre ser uma possibilidade ou uma obrigação do magistrado é pouco importante já que não há como exigir seu cumprimento se for considerado um dever.

A escolha legislativa de dispensar a realização do ato de citação para fulminar, desde logo, uma pretensão que encontra óbice nestes enunciados e específicas decisões, é um atestado da confiança que deve ser depositada nessas decisões. O rol de hipóteses taxativas³⁷³ do art. 332 permanece como o único caminho no sistema processual brasileiro para obtenção de sentença de mérito sem citação da outra parte.³⁷⁴

Essa possibilidade foi originariamente introduzida ainda na vigência do CPC/73, em 2006, com a adição do art. 285-A³⁷⁵, pela Lei Federal 11.277/06. Ainda antes da entrada em vigor da lei, o Conselho Federal da OAB ingressou com uma ADI contra o dispositivo. O relator

a expressão “poderá” (MEURER JUNIOR, Ezair José. *Súmula vinculante no CPC/2015*. p. 175).

³⁷² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 989.

³⁷³ Como reconhece MEURER JUNIOR, Ezair José. *Súmula vinculante no CPC/2015*. p. 181.

³⁷⁴ Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery entendem que o dispositivo é inconstitucional “porque o autor tem o direito de ver efetivada a citação do réu, que pode abrir mão de seu direito e submeter-se à pretensão, independentemente do precedente jurídico de tribunal superior ou de qualquer outro tribunal, ou mesmo do próprio juízo.” A partir desta premissa os autores sustentam a ideia de haver violação às garantias da isonomia, da legalidade, do devido processo legal, do direito de ação, do contraditório e ampla defesa, bem como ao princípio dispositivo (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. p. 988-989).

³⁷⁵ Código de Processo Civil de 1973: “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” (Incluído pela Lei Federal 11.277, de 2006).

à época, Min. Cezar Peluso, entendeu aplicável o rito especial do art. 12, da Lei Federal 9.868/99, que prevê o julgamento de mérito definitivo após informações e pareceres da AGU e PGJ em face à “relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica”. Chegou a haver pedido de pauta, mas o julgamento nunca ocorreu, e é provável que o mérito não seja mais analisado em face da revogação pelo CPC/15 e da substancial alteração pela qual passou o dispositivo.³⁷⁶

Em comparação com o regime do art. 285-A do Código revogado, primeiro ponto que chama atenção é a substituição do requisito da “sentença de total improcedência” do mesmo juízo, pelo rol de decisões e enunciados de súmula do novo art. 332. Esta alteração vai na linha do que a doutrina já sustentava no sentido de ser insuficiente apenas a sentença do próprio juízo para autorizar o julgamento liminar³⁷⁷, o que já era acatado pela jurisprudência.³⁷⁸

³⁷⁶ Sobretudo, considerando o entendimento há muito consagrado no STF de que “Diante da revogação das normas impugnadas, o objeto da pretensão inicial não mais subsiste, revelando-se inviável o exame de sua compatibilidade com a Carta Maior por meio do controle abstrato de constitucionalidade. 3. A jurisprudência dessa Suprema Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto, quando sobrevém a revogação ou alteração substancial da norma questionada em sua constitucionalidade” (STF, Tribunal Pleno, ADI 4061 ED, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19/08/2015, DJe- 16/09/2015).

³⁷⁷ Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. p. 567; FREIRE, Alexandre; RAMOS NETO, Newton Pereira. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 481; TEIXEIRA, Guilherme Freire. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo (Coords.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 590

³⁷⁸ Como já decidia o Superior Tribunal de Justiça: “Deve ser afastada a aplicação do artigo 285-A do Código de Processo Civil quando o entendimento do juízo de Primeira Instância estiver em desconformidade com orientação pacífica de Tribunal Superior ou do Tribunal local a que se encontra vinculado” (STJ, Segunda Turma, REsp 1279570/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 08/11/2011, DJe 17/11/2011). Também: “É necessário, para que o objetivo visado pelo legislador seja alcançado, que o entendimento do Juiz de 1º grau esteja em consonância

Além disso, vê-se que a legislação divorciou-se da necessidade de o caso concreto tratar-se de “causa idêntica” à do precedente. Isso tem toda razão de ser, primeiro porque não existem causas idênticas, pois sempre há diferenças (se não houvesse, o instituto aplicável seria a coisa julgada, conforme já explicado), de maneira que supor aplicabilidade do dispositivo com base nessa suposta “identidade absoluta” é equivocado.³⁷⁹

No CPC/15, considerando o dever de fundamentação inerente à atividade jurisdicional, e concretizado no que concerne aos precedentes nos incisos V e VI do §1º do art. 489, fala-se sempre em fundamentos determinantes, aplicáveis ao caso concreto por meio da interpretação em que se verifica inexistir distinção relevante no caso presente com relação a esses fundamentos. Dessa maneira, qualquer um dos termos utilizados pelo novo art. 332 – “enunciado de súmula” (inciso I e IV), “acórdão” (inciso II) e “entendimento” (inciso III) – necessariamente devem desembocar nessa mesma ideia de aplicação de precedentes. Por isso, o raciocínio autorizativo da aplicação do art. 332 não é diferente do raciocínio a ser utilizado em uma sentença de mérito comum que reconhece como argumento a autoridade de um precedente vinculante ao final do processo. Ainda assim, não se pode deixar de notar uma importante incongruência no dispositivo.

O art. 927 do CPC/15, elenca o que podemos chamar de *precedentes vinculantes no direito brasileiro*, indo desde as decisões em controle concentrado de constitucionalidade até a orientação do plenário ou órgão especial do tribunal, passando por súmulas e julgamentos de casos repetitivos e de assunção de competência. O art. 332 vai possibilitar a fundamentação de uma improcedência liminar até em enunciados de súmula de “tribunal de justiça sobre direito local” (inciso IV) – o que apenas por uma interpretação extensiva poderíamos incluir no inciso V do art. 927. A expressa menção no art. 332 confere, por isso, maior força a estes enunciados locais que o próprio art. 927. Isto é, um enunciado – da súmula do Tribunal de Justiça sobre direito local – que pode nem ser considerado vinculante, ainda sim pode servir de fundamento suficiente para um julgamento de improcedência liminar.

com o entendimento do Tribunal local e dos Tribunais Superiores (dupla conforme)” (STJ, Terceira Turma, REsp 1225227/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 28/05/2013, DJe 12/06/2013).

³⁷⁹ Nesse sentido, ver o item 2.2 sobre a aplicação do precedente.

Esse ponto, por si só, não é necessariamente incongruente³⁸⁰, pois não há qualquer necessidade de haver uma correspondência exata entre as hipóteses de um e outro instituto. A vinculatividade formal do CPC/15 é caracterizada pela constatação da antijuridicidade da decisão que desrespeite fundamentos determinantes de um enunciado ou julgamento tido por vinculante. Esta condição não é violada pela adoção de um precedente “não vinculante” como razão para desencadear procedimento especial, desde que haja a expressa autorização legislativa (art. 332, IV, CPC/15). No caso concreto, haveria incongruência se o enunciado persuasivo da súmula local contrariasse precedente vinculante do art. 927. Nesse caso, a incongruência seria *in concreto*, e não decorrente diretamente da disposição abstrata.

A incongruência, contudo, decorre do fato de o dispositivo adotar enunciados de súmula de direito local como hipótese de utilização, ao mesmo tempo em que ignora as decisões em controle de constitucionalidade do STF.³⁸¹ Por essa razão, atualmente o magistrado está proibido de dispensar a citação, tratando-se de postulação contrastante com fundamentos determinantes³⁸² de ação em controle concentrado de constitucionalidade, ao mesmo tempo em que lhe é permitido adotar enunciado da súmula local para o mesmo fim.

³⁸⁰ Em sentido contrário, considerando por si só a falta de homogeneidade como um entrave: PINHO, Humberto Dall Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Araguão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes vinculantes previsto no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 259, p. 422, set. 2016.

³⁸¹ A presença da súmula de direito local no art. 332 enquanto ausente no art. 927 também é notada por Fredie Didier Jr. O autor justifica a desarmonia apontando que até a votação de projeto substitutivo na Câmara dos Deputados em 26/11/13, havia projeção para um sexto inciso no atual art. 927 que tomaria por vinculantes também as súmulas de direito local (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. vol. 1*. p. 598).

³⁸² Caso houvesse desrespeito à parte dispositiva da decisão em controle concentrado (art. 103, §2º, CF), seria causa para extinguir-se a ação sem resolução de mérito por falta de interesse processual, o que não provocaria coisa julgada material apesar do efeito obstativo à nova demanda do art. 486, §1º, CPC/15.

2.5.2 Concessão de tutela de evidência (art. 311, II, do CPC/15)

Até a entrada em vigor do CPC/15, a antecipação de tutela independentemente de demonstração do perigo de dano era associada apenas ao abuso de direito de defesa do réu (art. 273, II, do CPC/73) e a alguns procedimentos especiais.³⁸³ Dessa forma, de maneira generalizada, o autor deveria demonstrar sempre a razão de urgência que justificaria a adoção da técnica³⁸⁴ antecipatória para, desde um ponto anterior ao final do processo, usufruir do bem da vida discutido.

O CPC/15 positivou a técnica da tutela de evidência para, em situações entendidas como de altíssima probabilidade³⁸⁵ de vitória da parte autora, antecipar a tutela pleiteada independentemente da demonstração de urgência ou perigo de dano. É uma técnica apta a distribuir mais adequadamente o ônus pelo tempo de duração do processo.³⁸⁶

³⁸³ Como as liminares em “ações possessórias de força nova” (art. 562, do CPC/15 e art. 928 do CPC/73) e a fixação de aluguel provisório nas ações revisionais de aluguel (art. 68, II, da Lei Federal 8.245/91, como lembram Câmara, Pedron e Tolentino (CÂMARA, Alexandre Freitas; PEDRON, Flávio Quinaud; TOLENTINO, Fernando Lage. *Tutelas provisórias no CPC 1973 e no CPC 2015: o quanto o novo tem de inovador?* *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 262, p. 180, dez. 2016). Yuri Gross Magadan também elenca os exemplos das liminares concedidas em embargos de terceiro e mandado de segurana, que ex lege não demandam demonstração do perigo de dano (MAGADAN, Yuri Grossi. *Hipóteses de antecipação de tutela*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2009. p. 93).

³⁸⁴ Enquanto meio processual de atingimento da tutela jurisdicional de urgência (LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 43).

³⁸⁵ Nesse sentido, Nelson Nery Junior fala em “altíssimo grau de certeza quanto ao direito deduzido” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. p. 948).

³⁸⁶ Luiz Guilherme Marinon aponta que “em qualquer processo civil há uma situação concreta, uma luta por um bem da vida, que incide de modo radicalmente oposto sobre as posições das partes. A disputa pelo bem da vida perseguido em juízo, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor que tem razão e beneficiar o réu que não a tem. No processo civil, a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo maior será o

São quatro os incisos que preveem as hipóteses de cabimento da concessão da tutela de evidência, mas é apenas o II que interessa neste estudo. O dispositivo, lido em conjunto com o *caput*, prevê que:

A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Trata-se do segundo momento em que a existência e a aplicabilidade de um precedente vinculante pode influenciar no curso do processo. Não se trata de uma abreviação de procedimento, como a improcedência liminar, pois a ação continuará para julgamento de mérito, nada obstante haja a inversão do ônus do tempo no processo, do autor para o réu.

Aqui o precedente funciona necessariamente em favor do autor que detenha, em prol do seu direito, as razões do julgamento repetitivo ou enunciado de súmula vinculante – ao contrário do art. 332, que, por óbvio, funciona contra o autor.

A disposição do art. 311 limitou a concessão de tutela de evidência apenas à associação com enunciados de súmula vinculante e julgamentos de casos repetitivos³⁸⁷, o que é consideravelmente mais restrito do que as hipóteses permissivas da improcedência liminar.

dano imposto ao autor e, por conseguinte, maior será o benefício conferido ao réu. Por isso, o sistema processual civil, para atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas [...]. Ora, a defesa é direito nos limites em que é exercida de forma racional e justa ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor. É necessário deixar claro que a técnica antecipatória nada mais é que uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 272).

³⁸⁷ Entendidos na forma do art. 928 do CPC como julgamentos de recursos especiais e extraordinário repetitivos e incidentes de resolução de demandas repetitivas.

Parte da doutrina sustenta que a interpretação do dispositivo deve ser no sentido de compreender qualquer precedente entendido como obrigatório – art. 927, CPC/15 – como suficiente à concessão da tutela de evidência³⁸⁸, algo com o que não se pode concordar, pelas razões expostas a seguir.

Primeiro porque, da mesma forma como sustentamos com relação ao art. 332, tutela de evidência e precedentes obrigatórios também são assuntos independentes, que têm regimes jurídicos e efeitos próprios. Revogados os precedentes obrigatórios amanhã, a tutela de evidência retém toda pertinência e vice-versa. A literalidade do dispositivo revela uma decisão de política legislativa. Ainda que não seja sistemicamente a mais adequada³⁸⁹, não parece possível supor que seja inconstitucional.

Interpretar precedentes não é tarefa singela, como discutido alhures. Abrir mão do contraditório em detrimento da parte prejudicada pela decisão apenas contribui para a probabilidade de adotar-se uma interpretação míope do problema, ignorando distinções relevantes e nuances que justifiquem afastar a aplicabilidade do precedente. Ainda assim, a tutela de evidência é um risco aceito pelo sistema jurídico que, por meio de uma escolha legislativa, pondera que, a partir da verificação de dadas circunstâncias, é aceitável garantir o direito do autor a usufruir do bem da vida desde já, em detrimento do contraditório. Nessas situações, portanto, os ideais de contraditório e ampla defesa cedem espaço à celeridade processual.

É certo que a decisão liminar tomada em cognição sumária³⁹⁰, sem contraditório, terá uma probabilidade menor de responder

³⁸⁸ Nesse sentido ver: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil. vol. 2.* p. 638; DOTTI, Rogéria Fagundes. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo (Coords.). *Código de Processo Civil comentado.* p. 557; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil.* Salvador: Juspodivm, 2016, p. 488; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado.* p. 510-511.

³⁸⁹ Vide crítica, no item anterior, à não menção à decisão em controle concentrado de constitucionalidade que, enquanto enunciado da súmula local, pode promover a improcedência liminar.

³⁹⁰ Como explica Luiz Guilherme Marinoni: “quando o direito do autor está evidenciado (prova dos fatos constitutos, por exemplo) e há uma defesa provavelmente infundada, a tutela antecipatória pode se basear no art. 273, II. Atua, como é óbvio, a técnica da cognição sumária” (MARINONI, Luiz

adequadamente à demanda.³⁹¹ A tutela de evidência é técnica processual que beneficia uma parte mediante a restrição de direitos da outra. Dessa forma, não é recomendável interpretar o dispositivo extensivamente, sob pena de entender também os riscos – aceitos pelo legislador – de indevida restrição a direitos.

2.5.3 Dispensa de remessa necessária (art. 496, § 4º, CPC/15)

O instituto da remessa necessária (também chamado de reexame necessário ou duplo grau de jurisdição obrigatório³⁹²) é mais comumente

Guilherme. *Antecipação de tutela*. p. 36). Em sentido contrário Artur César de Souza sustentando que “apesar de se tratar de uma tutela provisória (que poderá ser modificada no futuro), não se pode deixar de reconhecer, pelos fundamentos jurídicos que justificam a sua concessão, que a cognição realizada pelo juiz é de natureza exauriente” (SOUZA, Artur César de. *Tutela provisória*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 86-87). Araken de Assis também menciona tratar-se de juízo de certeza, porque “o órgão judiciário encontra-se vinculado a decidir a favor do autor” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II, tomo 2*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 496). Discorda-se também dessa posição já que os institutos são independentes (a vinculatividade formal não obriga a concessão de tutela de evidência, tanto que os pressupostos da tutela de evidência não refletem precisamente o art. 927) e também porque a adequada aplicação de precedentes depende de cognição exauriente e do debate entre as partes, como buscou-se demonstrar alhures.

³⁹¹ Antônio Cláudio da Costa Machado explica que, por meio da antecipação da tutela, “cria-se um novo momento cognitivo (de caráter menos profundo no plano veritativo) que é precipitado, adiantado no tempo, para permitir o imediato atendimento ou acautelamento do direito deduzido. Parece interessante observar que essa terceira técnica representa uma forma de ampliação da atividade cognitiva no processo civil, não no plano horizontal, obviamente, que não sofre alteração, salvo pelo diferimento do contraditório, mas no plano temporal-ritual, haja vista que o juiz é chamado a julgar em dois momentos distintos as mesmas matérias fáticas e jurídicas: na primeira, superficialissimamente sob a forma de medida liminar, que é uma decisão interlocutória; na segunda profundamente ou superficialmente, sob a forma de sentença, na medida em que se trate de processo de conhecimento ou cautelar” (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 2ª ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 87).

³⁹² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016 p. 177.

identificado como uma condição da eficácia da sentença³⁹³ dada em desfavor da Fazenda Pública, de maneira que apenas após revisão pelo tribunal respectivo esta poderá transitar em julgado e repercutir efeitos.

Desde 2001³⁹⁴ esta regra geral já comportava exceções associadas ao valor da causa discutido e à conformidade da sentença com “jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”³⁹⁵. Ambas as modalidades foram incrementadas com o CPC/15, interessando-nos a segunda, na medida em que é outro momento de abreviação procedimental associado à influência de precedentes no CPC/15.

Prevê o art. 496, §4º, do CPC/15, que:

[...] também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público,

³⁹³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 483.

³⁹⁴ Reforma do CPC/73, empreendida pela Lei Federal 10.352/01.

³⁹⁵ Código de Processo Civil de 1973, “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 1 Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2 Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3 Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.”

consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Esta dispensa de reexame, é claro, sempre atua contrariamente à Fazenda Pública³⁹⁶, tanto quando figurar como autora quanto como ré, uma vez que exclui a necessidade de continuidade do procedimento em face da fundamentação na sentença nesses específicos enunciados e decisões veiculadas nos incisos do §4º. De toda forma, sempre cabe à Administração Pública exercer regularmente o direito de recorrer, se entender pertinente, independentemente da dispensa de reexame.

Em comparação com a sistemática do CPC/73, vê-se que o novo Código foi bastante mais analítico na disposição das hipóteses de dispensa baseadas em precedentes.

As hipóteses de cabimento para a dispensa da remessa necessária no CPC/15 seguem, *grosso modo*, a mesma linha de raciocínio da improcedência liminar e da tutela de evidência, detendo especificidades, contudo. Mencionam-se as súmulas de tribunal superior (o que é mais amplo que a redação dos arts. 332³⁹⁷ e 311 do CPC/15), o julgamento em casos repetitivos (igual aos arts. 332 e 311) e incidente de assunção de competência (tal como o art. 332).

Vale o mesmo argumento sustentado com relação aos demais institutos: não há necessária correlação entre precedentes obrigatórios e dispensa de reexame necessário, como não há com relação à tutela de evidência com base em precedente ou improcedência liminar. Por isso, ainda que sejam pouco lógicas as variações de decisões e procedimentos elencados para o mesmo fim de abreviação do processo em face da solidez da interpretação dada pelos tribunais à matéria, não há razão para desconsiderar o texto expresso.

Contudo, a dispensa de reexame necessário é um instituto especialmente mais maleável, considerando a previsão do inciso IV, aplicável mediante o acatamento da própria Fazenda Pública, de maneira que a própria beneficiada, em certo sentido, abre mão do regime jurídico

³⁹⁶ Já que o julgamento da remessa necessária apenas poderia melhorar a situação da Fazenda Pública conforme enunciado da Súmula 45, do STJ: “No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública” (STJ, Primeira Seção, Súmula 45, aprovada em 16/06/92, DJ 26/06/92).

³⁹⁷ À exceção da previsão à súmula do tribunal respectivo em direito local (art. 332, IV, CPC/15).

específico da remessa necessária ao adotar para si interpretação jurídica em determinada matéria. Esse enunciado vinculante pode ser aprovado a partir do julgamento de casos não previstos no art. 496 do CPC/15, como as próprias ações de controle concentrado de constitucionalidade.

2.5.4 Julgamento monocrático nos tribunais (art. 932, IV e V, CPC/15)

A existência de precedentes também serve como um importante abreviador do procedimento quando autoriza a competência monocrática para julgamento de recursos e processos originários nos tribunais.

Reformas sucessivas do CPC/73 já haviam possibilitado ao relator “negar provimento” a recurso em contrariedade com “súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior” (art. 557, com redação da Lei Federal 9.139/95), depois “em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, com redação da Lei Federal 9.756/98). Antes disso, o RI/STF de 1980 já previa a competência geral do relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso também quando contrariasse “a jurisprudência predominante do Tribunal” (art. 21, §1º, redação original). A Lei Federal 9.756/98 também autorizou o provimento monocrático do recurso se a decisão recorrida (não o recurso) estiver em “manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, § 1-A).

Quanto às competências do relator, o novo código (art. 932) teve o mérito de adequar a nomenclatura a critérios técnicos mais precisos. A expressão genérica “negar seguimento” foi substituída³⁹⁸ por 3 incisos distinguindo precisamente juízo de admissibilidade (III – “não conhecer”) e juízo de mérito (IV – “negar provimento” ou V – “dar

³⁹⁸ Pedro Miranda de Oliveira explica que “em termos de ciência processual, negar seguimento simplesmente não existe. Em sede recursal há apenas as fases de admissibilidade e de mérito, em que primeiramente admite-se (conhece-se) ou não o recurso; depois, conhecendo-o, o órgão julgante deve dar-lhe ou negar-lhe provimento (no mérito). Nada mais” (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal*: conforme o CPC/2015. p. 138). No entanto, a Lei Federal 13.256/16, na nova redação do art. 1.030, I, CPC/15, reavivou a expressão “negar seguimento” para as hipóteses de admissibilidade dos recursos excepcionais.

provimento”). As hipóteses de associação a precedentes estão nesses dois últimos, onde lê-se que incumbe ao relator (*caput*):

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;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária 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;

Os incisos são o exato contrário um do outro, com a consideração de que o provimento monocrático do recurso somente pode ocorrer após facultada a apresentação de resposta. Dessa forma, havendo precedentes contrários ao recurso (IV) ou à decisão recorrida (V), pode o relator negar ou dar provimento monocrático ao recurso.

A rigor, não é o recurso que é contrário aos precedentes, mas a tese jurídica ali sustentada.³⁹⁹ Com relação à contrariedade da decisão recorrida aos precedentes, não se pode interpretar que somente isso bastaria para provimento monocrático, pois, como destaca Lucas Buril de Macêdo⁴⁰⁰, seria despropositado reformar decisão contrária a

³⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 685.

⁴⁰⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. p. 509.

precedente se o pedido recursal também contrariar o mesmo entendimento jurisprudencial.

Em qualquer caso, o pronunciamento do relator sobre o julgamento do recurso nunca poderá ser definitivo, cabendo a interposição do agravo interno previsto no art. 1.021, do CPC/15. Justamente a perene possibilidade de impugnação da decisão monocrática é que evita a violação ao princípio do juiz natural e a consequente inconstitucionalidade do julgamento unipessoal⁴⁰¹, pois nunca é, em tese, retirada a competência do órgão colegiado de manifestar-se sobre o recurso. Contudo, quando não impugnada a decisão, por óbvio, isto terá efeitos da mesma forma como o julgamento colegiado.

As três alíneas associadas aos incisos IV e V do art. 932 limitam a jurisdição monocrática à: (1) invocação de enunciado de súmula do STF, STJ ou do próprio tribunal; (2) julgamentos de casos repetitivos no STF e STJ; (3) entendimento em IRDR ou Incidente de Assunção de Competência. Trata-se de um regime mais restrito que a fórmula da contrariedade à “jurisprudência dominante”, utilizada no art. 557 revogado. No entanto, o inciso VIII do mesmo art. 932 autoriza o relator a “exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal”. Essa disposição tem sido invocada pelo STF⁴⁰² para julgar monocraticamente recursos e outros processos com base no §1º do art. 21 do seu Regimento Interno, que tem redação baseada ainda no antigo 557 e autoriza a negativa de seguimento em face da contrariedade genérica à “jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal”.

O STJ, por outro lado, emendou seu regimento interno (Emenda Regimental 22/16) para, indo além do ordinariamente disposto nos incisos IV e V do art. 932, CPC/15, prever a possibilidade de

⁴⁰¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Agravo interno e agravo regimental*. São Paulo: RT, 2009. p. 134-135; e MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 680.

⁴⁰² “O art. 932, inciso VIII do Novo Código de Processo Civil dispõe incumbir ao relator exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal. Por sua vez, o art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao enumerar as atribuições do relator, faculta a ele negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal. Essa é exatamente a hipótese dos autos” (STF, Segunda Turma, ARE 952829 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 30/09/2016, DJe 19/10/2016).

provimento ou desprovimento do recurso se o recurso ou a decisão for contrária:

[...] a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema. (art. 34, XVIII, 'a' e 'b', RI/STJ).

Dessa forma, vê-se que tanto STF quanto STJ, baseados no inciso VIII, art. 932, do CPC/15, atribuem competência unipessoal mais ampla ao relator para julgamento dos recursos e procedimentos do que os incisos IV e V, art. 932, CPC/15.

De maneira geral, estando o precedente vinculante (ou ainda a “jurisprudência dominante”) em prol ou contra o recorrente, haverá de possibilitar-se julgamento monocrático, abreviando-se o procedimento aplicável, sobretudo se o sucumbente deixar de interpor o agravo interno cabível, o que fará transitar em julgado a decisão monocrática.

2.5.5 Dispensa de caução em execução provisória (art. 521, IV, CPC/15)

Uma das diferenças de regime jurídico da execução provisória – baseada em sentença ainda não transitada em julgado, mas impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo – é que a parte exequente é responsável por danos causados na ocasião da decisão exequenda vir a ser reformada.

Aqui também o amparo de uma decisão em precedentes detém consequência em favor da parte exequente.

No regime da execução provisória incide a regra geral de que:

o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea. (art. 520, IV, CPC/15).

Entretanto, esta caução é dispensada, dentre outras razões, se “a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos” (art. 521, IV, CPC/15).

Veja-se que a conformidade com os enunciados de súmula ou julgamentos de casos repetitivos não é o fator autorizador da execução provisória. Esta possibilidade decorre da ausência de efeito suspensivo do recurso interposto contra a decisão exequenda. O apoio nesses precedentes é razão somente para a facilitação da alteração no mundo dos fatos da execução proposta por meio da dispensa da caução que seria normalmente exigida, a fim de evitar danos ao executado em caso de reforma da decisão.

Mais uma vez, a legislação toma “riscos calculados”, na medida em que autoriza execução sem caução baseada na alta probabilidade de ser mantida a decisão baseada em precedente.

Entretanto, havendo risco de grave dano ao executado, a exigência da caução poderá ser mantida em face do parágrafo único do mesmo art. 521.

2.5.6 Admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários (art. 1.030, CPC/15)

Encerrada a instância ordinária, a existência de precedente aplicável passa a ter consequências mais determinantes. Isso porque não atua mais apenas como um abreviador de procedimento: a aplicabilidade do precedente condiciona o próprio procedimento aplicável de processamento do recurso cabível.

Após julgamento de apelação, é facultada a interposição dos recursos especiais ao STJ (art. 105, III, CF), ou extraordinário ao STF (art. 102, III, CF). O primeiro trata de questões de direito federal infraconstitucional, enquanto o segundo aborda o direito federal constitucional.

Quando da interposição de qualquer um desses recursos, a existência de julgamento ou recurso pendente em repercussão geral ou julgamento de casos repetitivos é determinante para o regime jurídico de recorribilidade aplicável.

A primeira admissibilidade desses recursos é feita no próprio tribunal *a quo*, como já ocorria pelo CPC/73 e mantido no CPC/15 devido às alterações empreendidas pela Lei Federal 13.256/16, aprovada

antes mesmo da entrada em vigor do novo diploma - a redação original do CPC/15 previa juízo de admissibilidade apenas na Corte *ad quem*⁴⁰³, no STJ ou STF, portanto.

A Lei Federal 13.256/16 retomou o juízo de admissibilidade bipartido⁴⁰⁴ e atribuiu mais incumbências à análise do tribunal de origem. O novo art. 1.030 é dividido em 5 incisos ao descrever as incumbências do presidente ou vice-presidente no tribunal de origem.

O inciso I prevê a atribuição do presidente ou vice-presidente do tribunal de “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,

O disposto no inciso I pressupõe a aplicabilidade ao caso presente de precedentes em repercussão geral ou recurso repetitivo no sentido diametralmente contrário à pretensão do recorrente. Pressupõe também que esse enquadramento já foi realizado pelo acórdão recorrido, de maneira a autorizar a negativa de seguimento diante da conformidade da decisão recorrida com “entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça”.

Os motivos para tanto, distribuídos nas duas alíneas, na verdade são três: 1) a declarada ausência de repercussão geral da questão

⁴⁰³ Redação original do Código de Processo Civil de 2015, “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 remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.”.

⁴⁰⁴ Que agora é exclusivo dos recursos excepcionais, já que a apelação não é mais recebida em 1º grau (art. 1.010, §3º, CPC/15).

constitucional discutida (alínea ‘a’); 2) o julgamento de mérito com repercussão geral, cujos fundamentos determinantes são aplicáveis a julgar o caso presente de maneira contrária à pretensão do recorrente (também alínea ‘a’); e 3) conformidade com entendimento exarado em julgamento de casos repetitivos no STF/STJ (alínea ‘b’). Em todos os casos a consequência é a mesma: a inadmissibilidade do recurso na origem.

Em contraste ao inciso I, o inciso II pressupõe *justamente o contrário*: que há precedentes em repercussão geral ou recurso repetitivo cujos fundamentos determinantes dão razão ao recorrente. O inciso II dispõe que cabe ao presidente do tribunal *a quo*:

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

O juízo de retratação refere-se àquele do art. 1.040, II, a se suceder após o julgamento do tema em repercussão geral ou julgamento de recurso repetitivo.

Essas atribuições dos incisos I e II, em teoria, restringem-se ao juízo de admissibilidade desses recursos, pois a Corte *a quo* não detém competência para realizar juízo de mérito.⁴⁰⁵ Como explica Barbosa Moreira, “não deve o órgão de interposição indeferir o recurso por

⁴⁰⁵ Esta é a regra geral, como descreve Araken de Assis, de acordo com as competências distribuídas pelas Constituições Federal e Estaduais. O autor explica que o juízo de admissibilidade é conferido também ao órgão a quo justamente por razões de economia processual, a fim de possivelmente evitar o processamento de um recurso fadado a não ser conhecido. Explica que “idênticas razões, tomadas no seu inverso, indicam a inconveniência de atribuir o julgamento, de *meritis*, do recurso ao mesmo órgão que proferiu a decisão. O breve espaço de tempo decorrido entre a prolação do ato e a interposição não enseja, salvo em situações excepcionais, clima propício à mudança do entendimento externado. É preciso, nesta contingência, configurar-se situação peculiar para, *expressis verbis*, atribuir competência para o órgão a quo julgar o recurso” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 138-139).

entendê-lo infundado”, considerando que “a procedência não é requisito de admissibilidade”.⁴⁰⁶ “Negar seguimento” só pode referir-se ao juízo de admissibilidade negativo, como destacado pela doutrina.⁴⁰⁷

No entanto, não se pode ignorar a gritante contaminação do próprio juízo de mérito recursal nessas hipóteses de “inadmissibilidade”. A avaliação sobre a conformidade das razões de acórdão recorrido com a jurisprudência do STF ou STJ é um claro juízo de mérito a avaliar se as conclusões adotadas têm respaldo na jurisprudência da Corte Superior. Como a doutrina tem destacado, inclui-se no juízo de admissibilidade apenas a verificação da existência de alegação de violação à norma federal ou constitucional, não a violação em si.⁴⁰⁸

O tratamento legal dos recursos repetitivos, sobretudo após a entrada em vigor do CPC/15, com a redação da Lei Federal 13.256/16, solapa essa construção, atribuindo a leitura sobre o mérito recursal à Corte *a quo*, com o subterfúgio de estar-se inadmitindo o recurso (negando seguimento). O problema remonta à época em que o próprio STF tinha por prática “não conhecer” dos recursos quando entendia ausente a violação à Constituição.⁴⁰⁹

O inciso III dispõe que pode o presidente ou vice-presidente sobrestrar o recurso, caso trate de “controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional” (inciso III do art. 1.030), o que pressupõe a prévia admissão de recurso representativo de controvérsia nesses tribunais.

⁴⁰⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565*. p. 263;

⁴⁰⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no Direito brasileiro*. p. 408.

⁴⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565*. p. 589; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 252; NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 243; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 250-252. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 63-65.

⁴⁰⁹ Como destaca MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565*. p. 632-635.

O inciso IV autoriza o tribunal *a quo* a selecionar o próprio recurso, analisado como “representativo de controvérsia”, a ser validado pelo tribunal *ad quem* posteriormente (art. 1.036, §6º, CPC/15).

O inciso V, por sua vez, de maneira genérica, atribui a incumbência de

V - realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

- a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos;
- b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou
- c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

A disposição tem claro caráter complementar com relação aos encaminhamentos descritos nos incisos anteriores. A alínea ‘a’ pressupõe inexistência de recurso em repercussão geral ou regime de repetitivos cujos fundamentos sejam aplicáveis à espécie (porque se o fossem, incidiriam os encaminhamentos dos incisos I [negar seguimento] ou II [remeter para juízo de retratação]). A alínea ‘b’ pressupõe remessa ao STF, tendo em conta afetação na origem exercida com base no inciso IV. E a alínea ‘c’ pressupõe juízo de retratação (inciso II) negado pelo órgão fracionário competente (art. 1.041, CPC/15).

A primeira alínea é uma condição negativa e as duas últimas condições positivas, a serem verificadas alternativamente para autorizar a remessa ao STF, se a admissibilidade for positiva.

De toda forma, com base no inciso V, cabe ao presidente ou vice-presidente da origem não conhecer dos recursos que não preencham os requisitos de admissibilidade e não estejam de nenhuma forma associados ao regime de julgamentos repetitivos.

Vê-se que na admissibilidade na origem dos recursos excepcionais *lato sensu* há uma clara diferenciação de regime jurídico para os casos associáveis a precedente vinculante do art. 927, III, CPC/15, seja por meio de acórdão, paradigma aplicável para solucionar o caso (incisos I e II), seja devido a um sobrestamento para aguardar julgamento no STF/STJ (inciso III).

Essa dicotomia tem razão de ser justamente porque a sistemática do Código irá diferenciar o recurso cabível em face das decisões de inadmissibilidade. Se a inadmissibilidade ocorrer com base no inciso V (não associada ao regime jurídico dos recursos repetitivos), caberá agravo para o tribunal *ad quem* (§1º, do art. 1.030, CPC/15). Se a inadmissibilidade ocorrer com base no inciso I ou sobrestamento com base no III (portanto, por aplicação do regime dos recursos repetitivos ou repercussão geral), caberá agravo interno para o órgão colegiado competente no próprio tribunal *a quo* (§2º, do art. 1.030, CPC/15).

Pela sistemática recursal do CPC revogado, em face da decisão de inadmissibilidade do recurso especial ou extraordinário, na origem cabia genericamente o agravo de instrumento do art. 544.⁴¹⁰ Contudo, o STF mantinha entendimento jurisprudencial⁴¹¹ no sentido de que, tratando-se de aplicação de acórdão em repercussão geral, caberia, em vez do agravo do art. 544, apenas agravo interno para órgão colegiado no tribunal de origem.

Com o estabelecimento desta diferenciação, a sistemática da Lei Federal 13.256/16 incorporou ao Código o entendimento jurisprudencial do STF, estendendo-o ainda à aplicação das teses de julgamentos de recursos especiais repetitivos.

Dessa forma, entendido que há precedente aplicável ao caso (seja em favor ou contra o recorrente), caberá apenas recurso de agravo interno ao próprio tribunal e fica fechada a via de acesso pelo sistema recursal ao tribunal *ad quem*, justo o prolator do precedente aplicável.

Inexistindo precedente aplicável – em repercussão geral ou recurso repetitivo, a inadmissibilidade é atacável por agravo diretamente ao tribunal superior.

A existência de precedente aplicável, portanto, tem a consequência drástica de alterar o próprio recurso cabível da decisão,

⁴¹⁰ Código de Processo Civil de 1973, “Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. [...] § 2º A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental” (Redação dada pelas Leis Federais 10.352/01 e 12.322/10).

⁴¹¹ Nesse sentido, ver STF, Tribunal Pleno, AI 760358 QO, rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), julgado em 19/11/2009, DJe 11/02/2010.

não apenas limitando seu objeto, mas alterando o próprio tribunal competente para a sua análise.

2.5.7 Presunção de existência de repercussão geral (art. 1.035, § 3º, CPC/15)

A repercussão geral da questão constitucional é um requisito de admissibilidade⁴¹² introduzido com a Emenda Constitucional 45/04 (art. 102, §2º, CF), cuja apreciação incumbe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

Não sendo reconhecida a repercussão geral, o que só pode ocorrer pelo voto de 2/3 dos membros do STF, o recurso será inadmitido (art. 102, §3º, CF e art. 1.035, *caput*, CPC/15).

Admitido o recurso extraordinário na origem, na análise da repercussão geral da questão constitucional há um último catalisador concernente à presunção de repercussão geral no caso de decisão ou acórdão que “contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal” (art. 1.035, §3º, I, CPC/15). É dizer que, sendo julgado o recurso em 2º grau de jurisdição de maneira conflitante com a jurisprudência do STF, e sendo admitido o recurso extraordinário, este deterá, no STF, presunção de repercussão geral. Não custa lembrar que a premissa de exposição do modelo legal aqui realizada é a de que há precedente aplicável e este foi ignorado ou decidido em contrário.⁴¹³

No caso, a presunção de repercussão geral aqui gera efeitos a partir da constatação específica de contraste entre a jurisprudência do STF e a decisão recorrida, de forma que há uma inevitável sobreposição entre essa parte do juízo de admissibilidade e o juízo de mérito do recurso. Há repercussão geral (admissibilidade) na medida em que se observa razão para reformar a decisão recorrida, porque adota razões incompatíveis com a jurisprudência do STF (mérito). Pedro Miranda de Oliveira, referindo-se à redação análoga do CPC/73 reformado, irá falar no caso em presunção absoluta⁴¹⁴ de repercussão geral.

⁴¹² MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 279.

⁴¹³ Se o precedente for mal aplicado, normalmente o problema será observado em casos de inadmissão do extraordinário por pretensa aplicação do regime da repercussão geral (art. 1.030, I, ‘b’, do CPC/15).

⁴¹⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. p. 309-312.

É um mecanismo de defesa para os próprios entendimentos jurisprudenciais exarados pelo STF, pelo qual o tribunal pode reformar decisões díspares dos tribunais locais e do STJ. A “súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal” aqui se refere a entendimentos jurisprudenciais do STF que *não passaram pela sistemática da repercussão geral*, pois se houvesse consolidação em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, haveria aplicabilidade plena e direta da sistemática do art. 1.040 do CPC/15 (correspondente ao art. 543-B do código revogado), com todas as consequências de restrição de admissibilidade do art. 1.030. Não faz sentido presumir repercussão geral de uma questão cuja repercussão já foi reconhecida e decidida no mérito.

A presunção de repercussão geral em caso de contrariedade a entendimento do STF foi instituída pela própria lei que regulamentou o instituto, no §3º do art. 543-A.

A previsão serviu de base para o julgamento da questão de ordem no RE 579.431, ainda em 2008, onde o STF decidiu que quando analisasse a repercussão geral de questão jurídica consolidada pela Corte fora da sistemática da repercussão geral, o Plenário poderia “reafirmar sua jurisprudência” para outorgar efeitos de repercussão geral ao entendimento, autorizando os tribunais locais a aplicarem a sistemática do art. 543-B aos recursos de mesmo tema. De toda forma, não estaria excluída a possibilidade do plenário enxergar necessidade de rediscutir a tese, admitindo normalmente o recurso.⁴¹⁵ Ficou consignado o

⁴¹⁵ Consta do voto condutor, da Min. Presidente Ellen Gracie, que: “também para as situações em que o acórdão recorrido seja contrário ao entendimento consolidado no Plenário, devem-se estender os efeitos da repercussão geral. A circunstância de ser presumido o pressuposto de admissibilidade em casos tais (§3º do art. 543-A, do CPC) e a possibilidade de julgamentos monocráticos dos correspondentes recursos extraordinários e agravos de instrumento, não devem subtrair do instituto da repercussão geral a totalidade dos seus efeitos, em especial a possibilidade de retratação, pelos Tribunais e Turmas Recursais de origem, das decisões que forem contrárias ao entendimento aqui consolidado”; Depois complementa que “a adoção deste procedimento permitirá, quando for o caso, a própria revisão de tese por esta Corte, evitando-se que os órgãos de origem apliquem indistintamente os efeitos da repercussão geral aos casos em que há mera presunção legal, com os riscos da posterior modificação do entendimento nesta Casa” (STF, Tribunal Pleno, RE 579431 QO, Rel. Min. Ellen Gracie (Presidente), julgado em 13/03/2008, DJe 23/10/2008).

encaminhamento de procedimento específico nesse sentido⁴¹⁶, o que culminou na aprovação da Emenda Regimental 42/10, que introduziu o art. 323-A.⁴¹⁷

A “reafirmação de jurisprudência”, contudo, não se limita aos casos de presunção de repercussão geral por contrariedade da decisão recorrida a entendimento do STF, isso porque o STF pode reafirmar sua jurisprudência justamente negando provimento ao recurso. A possibilidade de reafirmar jurisprudência é incidente ao julgamento de análise da repercussão geral do recurso. Nesse caso, além das opções de entender ausente ou presente o requisito, o STF, via Plenário Virtual, pode diretamente prover ou desprover o recurso extraordinário, se entender o caso como de “reafirmação de jurisprudência”, oportunidade na qual fixará tese em repercussão geral para os casos análogos.⁴¹⁸

Esta súbita incrementação de importância do Plenário Virtual não passou em branco. No julgamento da questão de ordem, o Min. Marco Aurélio ficou vencido⁴¹⁹, sustentando que para outorgar efeitos de

⁴¹⁶ Da ementa da questão de ordem no RE 579431: “Fica, nesse sentido, aprovada a proposta de adoção de procedimento específico que autorize a Presidência da Corte a trazer ao Plenário, antes da distribuição do RE, questão de ordem na qual poderá ser reconhecida a repercussão geral da matéria tratada, caso atendidos os pressupostos de relevância. Em seguida, o Tribunal poderá, quanto ao mérito, (a) manifestar-se pela subsistência do entendimento já consolidado ou (b) deliberar pela renovação da discussão do tema. Na primeira hipótese, fica a Presidência autorizada a negar distribuição e a devolver à origem todos os feitos idênticos que chegarem ao STF, para a adoção, pelos órgãos judiciários *a quo*, dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC. Na segunda situação, o feito deverá ser encaminhado à normal distribuição para que, futuramente, tenha o seu mérito submetido ao crivo do Plenário” (STF, Tribunal Pleno, RE 579431 QO, Rel. Min. Ellen Gracie (Presidente), julgado em 13/03/2008, DJE 23/10/2008).

⁴¹⁷ RI/STF “Art. 323-A. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico” (Incluído pela Emenda Regimental 42/2010).

⁴¹⁸ Muito embora a doutrina posicione-se no sentido de que o julgamento via Plenário Virtual deve restringir-se à verificação da existência ou não de repercussão geral (ROSA, Sandro Luiz de Oliveira. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 164).

⁴¹⁹ Sustentou o Ministro: “Aqui há presunção de repercussão geral. Ora, podemos interpretar esse dispositivo para nele ver incluída norma a revelar

repercussão geral deve haver julgamento no Plenário, como previsto para qualquer outro recurso extraordinário, não sendo possível a análise apenas no Plenário Virtual. A posição do Ministro é mantida até hoje, quando proposta a reafirmação de jurisprudência sobre qualquer tema.⁴²⁰

que nossos acórdãos anteriores à regulamentação da repercussão geral têm a eficácia vinculante? A meu ver, não. Penso que nesses casos, inclusive em que a jurisprudência já está pacificada, devemos trazer o processo a julgamento para surgir no mundo jurídico, pela vez primeira, pronunciamento do Tribunal sob o ângulo formal do instituto. E, aí sim, as Cortes de origem terem a possibilidade – diante desse novo crivo, diante das consequências próprias ao instituto, como a eficácia vinculante – de rever o que decidido se for o caso” (STF, Tribunal Pleno, RE 579431 QO, Rel. Min. Ellen Gracie (Presidente), julgado em 13/03/2008, DJe 23/10/2008, voto do Min. Marco Aurélio).

⁴²⁰ Por exemplo em STF, Tribunal Pleno em meio eletrônico, ARE 964246 RG, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016, DJe 24/11/2016.

3 MEIOS DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICOS PARA APLICAÇÃO E CONTROLE DE PRECEDENTES NO CPC/15

3.1 VINCULAÇÃO FORMAL E MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

Até aqui foram explicitadas importantes conclusões acerca do regime jurídico de vinculação de decisões a precedentes (delimitado, sobretudo, o sentido do dever de observância do art. 927 c/c 489, §1º, V e VI do CPC), da identificação de quais das decisões judiciais e enunciados de súmula incutem os efeitos desse regime jurídico (incisos do art. 927) e do modo como esses precedentes são aplicados, diferenciados e superados.

No item 2.5 partiu-se da ficção de que havia precedente aplicável, no sentido de apoiar ou rejeitar as conclusões do pedido do autor ou recorrente. A partir disso, descreveu-se o regime jurídico aplicável e as possibilidades de abreviação procedimental que acompanham o manejo de precedentes vinculantes.

Contudo, se há uma conclusão importante, é que precedentes estão sempre sujeitos à interpretação. Dessa interpretação, surgem evidentes e inexoráveis divergências entre os sujeitos processuais para fins de conceber uma aplicação adequada de qualquer precedente. Distinções suscitadas, aceitas ou rejeitadas tomam parte do debate processual, do objeto litigioso, da ação ou do recurso. A aplicação ou exclusão de um precedente toma forma de questão a ser dirimida, discutida e decidida. Uma parte pode alegar a aplicação de determinado entendimento enquanto a outra afirma haver distinção relevante motivando solução jurídica diversa.

Sob o ângulo de qualquer uma das partes processuais envolvidas, um precedente vinculante pode ser mal aplicado de quatro maneiras diferentes pelo julgador:

- 1) O precedente pode ter sua autoridade negada pelo julgador, tanto expressamente, quando fundamentadamente o julgador nega razão aos fundamentos determinantes do precedente (negando eficácia à própria regra jurídica disposta no precedente), quanto implicitamente, quando o julgador ignora precedente vinculante aplicável ao caso.

- 2) O precedente deve ser superado e já não tem autoridade vinculativa diante da falta de confiança na aplicabilidade do precedente;⁴²¹
- 3) Ocorrer uma falsa inclusão no campo de influência do precedente, onde o precedente é aplicado para solucionar determinada questão jurídica a despeito de distinção relevante suscitada pela parte;
- 4) Ocorrer uma falsa exclusão do campo de influência, onde um precedente é afastado a despeito de alegação da parte de que o caso é substancialmente igual.

A má aplicação descrita em ‘1’ impõe constatação da nulidade da decisão, pois, sob o ângulo da fundamentação adequada, não era lícito ao julgador ignorar ou negar autoridade às razões do precedentes (vinculação formal de precedentes), dada a interação entre o dever de fundamentação do art. 489, §1º, V e VI do CPC/15 e o rol de precedentes vinculantes do art. 927 do mesmo Código.

O problema descrito em ‘2’ implica necessidade de reforma da decisão em face da inaplicabilidade do precedente já sem autoridade vinculante (considerando, é claro, caber ao órgão competente afirmar essa superação).

Os defeitos descritos em ‘3’ e ‘4’ decorrem de problemas associados à cognição de distinções ao precedente. No primeiro caso ignorando ou afastando distinção relevante e no segundo tomando como relevante uma distinção irrelevante. Se a distinção alegada foi ignorada, a decisão é nula por falta de fundamentação. Se a distinção (ou falta dela) foi abordada na decisão, a autoridade do precedente foi respeitada, carecendo a decisão de reforma, caso prevaleça a compreensão da parte sobre a relevância ou irrelevância da distinção abordada. A falsa inclusão também pode verificar-se se o magistrado não se desincumbir do dever de identificar os fundamentos determinantes do precedente e como esses fundamentos se relacionam ao caso concreto (art. 489, §1º, V, CPC/15).

Em qualquer uma dessas situações, considerando que o órgão competente para conhecer do caso concreto ignorou ou mal aplicou o precedente vinculante, a pergunta que deve ser feita é se o respeito à autoridade de um precedente vinculante é exigível pela parte. Em outras palavras: há um direito da parte a que os precedentes sejam respeitados?

⁴²¹ Sobre esses critérios ver item 2.4 retro.

O direito à *reforma* da decisão coincide com a finalidade do sistema recursal de possibilitar a correção de decisões eventualmente equivocadas. Não há diferença substancial entre um direito à revisão de uma decisão que mal interpretou a lei, com relação à decisão que mal interpretou materialmente o alcance de um precedente.

Contudo, quando se aborda o problema de contrariar expressamente as próprias razões determinantes de um precedente (descrito em '1') ou ignorar a alegação de aplicabilidade do precedente ou de distinção (descritos em '3' e '4'), a situação muda substancialmente.

Não há sentido em falar em precedentes vinculantes, se não couber medida em face do desrespeito à vinculação. A impossibilidade de exigir que o julgador adote um precedente vinculante é o mesmo que dizer que *não há precedentes vinculantes*, já que o momento em que essa vinculação será necessária é justamente quando o julgador discordar das razões do precedente. Afinal, ao menos em tese, se o juiz concorda com o precedente ele já aplicaria o entendimento nele encartado independentemente do dever de fazê-lo.

Lembrando Larry Alexander⁴²², diz-se que a autoridade de um precedente é justamente mensurada pela capacidade de provocar a adoção de decisões com as quais o julgador *não concordaria*.

Sobre a própria caracterização do dever jurídico, Hans Kelsen esclarece que:

Só existe o dever jurídico de uma determinada conduta - seja no direito privado, penal, público ou internacional - na medida em que no ordenamento jurídico (compreendido como ordenamento coercitivo) esteja previsto, para o contrário daquela conduta (a qual por isso e somente por isso aparece como em conformidade com o dever jurídico) o ato coercitivo específico.⁴²³

⁴²² ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, v. 63, n. 1, p. 4, 1989-1990. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/alexander-1989-constrained-precedent.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

⁴²³ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 50-51.

Por isso, o ato coercitivo específico – no caso, a decretação de nulidade da decisão falha – é o veículo pelo qual o dever jurídico se concretiza plenamente.

O dever jurídico do julgador de enfrentamento do precedente por meio da fundamentação reflete o direito subjetivo da parte obter decisão judicial adequadamente fundamentada. E onde há um direito, deve igualmente haver um remédio, como descreveu William Blackstone, ainda no século XIX⁴²⁴, e reconheceu a Suprema Corte Americana no emblemático caso *Marbury v. Madison*, de 1803.⁴²⁵

Hermes Zaneti Jr. descreve que:

O que não pode faltar para que um precedente seja considerado formalmente vinculante [...] é justamente um instrumento técnico de manutenção da estabilidade do precedente, mediante recurso à corte competente para a sua revisão, pois a sua vinculatividade dependerá deste controle.⁴²⁶

Os precedentes vinculam. Suas razões determinantes devem ser aplicadas aos casos suficientemente assemelhados e que se encontrem em seu campo de influência, por meio de adequada fundamentação quanto à relevância ou irrelevância das diferenças apresentadas, a fim de motivar solução diversa.

A ‘boa’ ou ‘má’ aplicação do precedente é circunstancial, baseada no ponto de vista dos sujeitos processuais envolvidos, que podem identificar alguns dos problemas descritos em ‘1’, ‘2’, ‘3’ e ‘4’ para sustentar má aplicação do precedente. Foge ao objeto deste estudo o enfrentamento sobre o que materialmente constitui uma aplicação

⁴²⁴ Nesse sentido, a clássica citação de Blackstone: “*where there is a legal right, there is also a legal remedy*” (BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England in four books*. v. 3. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1893. p. 23).

⁴²⁵ U.S. SUPREME COURT. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

⁴²⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. p. 337.

equivocada de um precedente, bastando para esta análise o mapeamento do que, em tese, pode formalmente constituir essas vicissitudes.

Diante dessas situações, a pergunta a ser respondida neste capítulo é de que meios o jurisdicionado dispõe para garantir a boa aplicação dos precedentes e quais as limitações desses instrumentos. Essas limitações serão analisadas tanto sob o ponto de vista do caso concreto, associado à função jurisdicional de resolução de disputas (*resolution of disputes*), quanto à função das cortes de interpretação de conferir unidade ao direito (*enrichment of the supply of legal rules*).⁴²⁷

A má aplicação de precedente aqui discutida é originária de um ato judicial. É feito esse recorte porque decisões ou atos administrativos que desrespeitem autoridade de precedente podem sempre ser impugnados judicialmente, diante da inafastabilidade do Poder Judiciário em face de arbitrariedade ou abuso de poder.⁴²⁸ Dessa forma, em última análise, o problema da decisão administrativa contrária à precedente desemboca justamente na tomada de uma decisão judicial (de concessão ou denegação de ordem em mandado de segurança, por exemplo). E esta decisão judicial será igualmente qualificável como contrária a precedente pelos sujeitos processuais envolvidos (seja a parte contrária apelante ou o órgão colegiado ao prover esta apelação, por exemplo).

Muito embora haja eficácia direta de precedentes na administração pública⁴²⁹, o problema do controle da boa aplicação de precedentes invariavelmente retorna ao Judiciário, e por isso esse será o ângulo de observação.

⁴²⁷ Esta dualidade de atribuições do Poder Judiciário foi discutida no item 1.1.3;

⁴²⁸ Rogério Lauria Cruz e Tucci e José Rogério Cruz e Tucci aduzem que: o direito que se exerce mediante a ação (ação da parte) é o direito à jurisdição, que é conferido à toda coletividade de maneira abstrata genérica e incondicionalmente. Daí porque “se torna óbvia a admissibilidade de controle de ato administrativo, pelo Poder Judiciário, através do exercício do direito à jurisdição, [...], pela ação adequada ao reconhecimento e/ou à satisfação do direito subjetivo material lesado ou ameaçado de lesão” (TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e process.* p. 91).

⁴²⁹ Conforme explorado em: OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública*. Salvador: Juspodivm, 2017 e LAMY, Eduardo de Avelar; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A administração pública federal e os precedentes do STF. *Revista de Processo*, v. 214, p. 208-213, dez. 2012.

De que instrumentos o jurisdicionado dispõe para garantir a aplicabilidade de um precedente que lhe dá direito? Quão eficazes podem ser esses instrumentos, para a solução do caso concreto e o desenvolvimento do direito por meio de precedentes?

Os equívocos de aplicação de precedentes identificados consubstanciam hipóteses de vício de falta de fundamentação, bem como de má aplicação do direito interpretado, tanto *errores in procedendo*, quanto *errores in iudicando*. Portanto, a aplicação de precedente vinculante compreende, em última análise, tanto a higidez formal da decisão quanto sua condição de justiça.

Por isso, é seguro dizer que não há meio de impugnação exclusivo para atacar decisão que mal aplica precedente. Considerando a função do intérprete na concretização do Direito, é bastante claro que a boa aplicação de precedentes se aproxima do próprio juízo de juridicidade. Dizer que uma decisão vai contra um precedente é dizer que esta decisão vai contra o Direito. Dessa forma, qualquer meio de impugnação⁴³⁰ à decisão judicial que submeta o juízo de correteza de uma decisão judicial à apreciação (seja sob alegações de erro de atividade ou de erros de julgamento) pode ser manejado para fazer prevalecer o Direito posto em precedente vinculante.

Ainda assim, dentre as ações impugnativas autônomas e recursos é possível identificar instrumentos processuais especialmente voltados para garantir a boa aplicação de precedentes.

Essas especificidades são sentidas, sobretudo, nas hipóteses de cabimento dessas impugnações, associadas especialmente à aplicação de precedente, bem como no regime jurídico aplicável à decisão proveniente do seu julgamento de mérito.

Sob essas premissas, pode-se identificar no sistema processual brasileiro três principais meios de impugnação associados à boa aplicação de precedentes, que serão objeto do estudo que segue.

Em primeiro lugar, a reclamação constitucional (art. 102, I, '1', 103-A, §3º, 105, I, 'f', CF), historicamente associada à “garantia da autoridade das decisões” do tribunal, mais recentemente acoplada ao regime jurídico da súmula vinculante (EC 45/04) e alavancada pelo CPC/15, que amplia suas hipóteses de cabimento para associá-la às

⁴³⁰ Entendido aqui sinônimo de remédio processual no sentido dos “mecanismos de que podem se valer as partes para impugnar uma decisão judicial” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. p. 463).

‘teses jurídicas’ em controle concentrado de constitucionalidade, julgamentos de incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência (art. 988, §4º, CPC/15).

Também há a ação rescisória, que é considerado o meio típico de controle de decisão revestido pela coisa julgada⁴³¹, permitindo, diante da previsão de cabimento para o caso da decisão atacada, “violar manifestamente norma jurídica” (art. 966, V, CPC/15), considerando, sobretudo, o §5º do art. 966, incluído pela Lei Federal 13.256/16, no sentido de que:

[...] cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento [...].

Nesses casos é manifesta a necessidade de discussão dos limites e possibilidades do uso desse instituto para o controle da aplicação de precedentes.

Por último, existem os recursos especial e extraordinário, exemplos típicos de recursos de fundamentação vinculada à violação ao direito federal e constitucional.

Partindo sempre da premissa de que a parte interessada teve contra si exarada decisão judicial de má aplicação de precedente, é que estes institutos serão analisados neste capítulo.

3.2 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.2.1 A reclamação conforme o CPC/15

Uma das novidades trazidas pelo CPC/15 é a revogação da Lei Federal 8.038/90, na parte em que regulamentava o processo de reclamação no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

⁴³¹ BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 23.

A anterior previsão – artigos 13 a 18 da Lei Federal 8.038/90 – é substituída pelos novos artigos 988 a 993 do CPC/15.

A principal inovação trazida – além das implicações inerentes à previsão do instituto pela primeira vez de forma generalizada, em legislação nacional – é a enunciação, nos incisos do art. 988, de hipóteses de cabimento para a reclamação no STF e STJ consideravelmente mais extensas do que ora consta na Constituição Federal e na revogada (nesta parte) Lei Federal 8.038/90.

A Constituição Federal de 1988 se refere à reclamação apenas em três momentos: (1) quando enuncia a competência originária do STF, dizendo competir a este tribunal processar e julgar originariamente a “reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões” (art. 102, I, ‘1’); (2) quando repete esta mesma redação em relação ao STJ (art. 105, I, ‘f’); e, por fim, (3) quando preceitua que “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula [vinculante] aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal” (art. 103-A, §3º, redação da EC 45/04). Daí infere-se que a reclamação prevista na Constituição Federal atende a três finalidades específicas: preservação da competência do STF e STJ; garantia da autoridade de suas decisões e; garantia de boa aplicação das súmulas vinculantes editadas pelo STF. Apenas isso.

Já no artigo 988 do CPC/15 – com as alterações promovidas pela Lei Federal 13.256/16 – consta que:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I – preservar a competência do tribunal; II – garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Esses enunciados têm de ser lidos em harmonia com o § 4º do mesmo artigo, onde consta 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”.

Os dois primeiros incisos reproduzem as clássicas hipóteses de reclamação, em redação que pouco mudou desde a primeira previsão regimental do instituto em 1957⁴³², passando pelo regimento interno do STF de 1970⁴³³, de 1980⁴³⁴, pela CF/88, até chegar à Lei Federal 8.038/90.⁴³⁵

Os incisos III e IV, por outro lado, chamam mais atenção. Isso porque, mesmo com as alterações restritivas da Lei Federal 13.256/16, concentram novidades quanto ao cabimento da reclamação.

O inciso III prevê o cabimento da reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Quanto à súmula vinculante, já havia a disposição constitucional expressa (art. 103-A, §3º, da CF) desde a EC 45/04. A novidade fica por conta da menção ao controle concentrado de constitucionalidade combinada ao §4º do mesmo artigo, que leva à conclusão de que cabe reclamação para o STF a fim de cassar decisão que desrespeite a ‘tese jurídica’ explicitada em julgamento de controle concentrado de constitucionalidade.⁴³⁶

⁴³² Em 02/10/57 foi aprovada emenda ao regimento interno do Supremo Tribunal Federal incluindo o capítulo V-A, no título II, “da reclamação”. Dizia o artigo 1º da emenda: “O Supremo Tribunal Federal poderá admitir reclamação do Procurador-Geral da República, ou de interessado na causa, a fim de preservar a integridade de sua competência ou assegurar a autoridade de seu julgado”.

⁴³³ Regimento interno do STF de 1970, art. 161, *caput* — Caberá reclamação do Procurador-Geral da República ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.

⁴³⁴ Regimento interno do STF de 1980, art. 156, *caput* – Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.

⁴³⁵ Lei Federal 8.038/90, art. 13, *caput* – Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

⁴³⁶ Em sentido contrário Douglas Dal Monte compreende que o inciso “positivou hipótese de cabimento de reclamação que já vinha sendo aceito pelo Supremo Tribunal Federal” (DAL MONTE, Douglas Anderson. *Reclamação no CPC/15*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 104-105). Discorda-se tendo em conta a previsão do §4º que permite a reclamação por violação da “tese jurídica” em julgamento de controle concentrado.

Esta enunciação bate de frente com a orientação do Supremo Tribunal Federal, que limita o cabimento da reclamação à afronta ao comando (parte dispositiva) da decisão, mesmo em controle concentrado.⁴³⁷ Nesse ponto, o CPC/15 tratou de reavivar por via legislativa a teoria da transcendência dos motivos determinantes, abandonada pela jurisprudência do STF.⁴³⁸

Já o inciso IV fala em garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. Diferentemente do dispositivo antecedente, este inciso tem por escopo viabilizar reclamações também a outros tribunais, além do STF. Considerando novamente a redação do § 4º, cabe reclamação também para obstar “aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam” (§4º, do art. 988) tratando-se de acórdãos provenientes do julgamento desses dois incidentes.

Não há dúvida de que se trata de nova hipótese de cabimento de reclamação, pois tanto o IRDR (arts. 976 a 986 do CPC/15) quanto o incidente de assunção de competência (art. 947) são institutos novos, também agora suscetíveis de controle por reclamação. Mesmo partindo

⁴³⁷ "Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a eficácia vinculante dos acórdãos abrange apenas o objeto examinado pela Corte. Dessa forma, o que vincula os demais órgãos não é a fundamentação dos julgados, mas apenas seu dispositivo, afastando-se a chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes” (STF, Primeira Turma, Rcl 4454 AgR, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/03/2015, DJe 16/03/2015). Também conferir nesse sentido: Rcl 3.108 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio; Rcl 10.125 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; Rcl 13.300 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia).

⁴³⁸ Nesse sentido, ver no STF: Rcl 2.475-AgR/MG, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 02/08/07, DJe de 31/01/08; Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe de 20/05/10; Rcl 6.204-AgR/AL, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 27/05/10; Rcl 6.319-AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 05/08/10; Rcl 9.778-AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 10/11/11; Rcl 11.831-AgR/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 14/11/11. E no STJ: AgRg na Rcl 14.234/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 21/08/2014; AgRg na Rcl 16.032/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 21/05/2014; AgRg na Rcl 10.298/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe de 15/04/2013.

da premissa de que a assunção de competência já existia na forma do art. 555, §1º, do CPC/73, igualmente se concluiria que as decisões destes casos nunca foram adequadas a controle por reclamação, pela sistemática vigente até a entrada em vigor do CPC/15.

Feitas estas considerações, pode-se sistematizar as novas hipóteses de cabimento da reclamação trazidas pelo novo Código de Processo Civil, nos incisos III e IV, do art. 988, da seguinte forma:

- Inciso III – Reclamação para garantir a observância de tese jurídica firmada pelo STF em ação de controle concentrado de constitucionalidade (art. 988, III c/c §4º, do CPC/15);
- Inciso IV – Reclamação para garantir a observância de tese jurídica fixada em incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência e sua aplicação aos casos que a ela correspondam (art. 988, IV, c/c §4º, do CPC/15).

Além disso, também é imprescindível notar que o inciso II do §5º – conforme alteração da Lei Federal 13.256/16 – prevê ser inadmissível a reclamação “proposta perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça para garantir a observância de precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”.

Essa disposição é, sob um ângulo, contraditória em face da nova redação do inciso IV – onde foi substituída a expressão gênero “julgamento de casos repetitivos” pela espécie “precedente de incidente de resolução de demandas repetitivas”, aparentemente afastando a previsão para o caso de acórdão em recursos especial e extraordinário repetitivo (nesse sentido, ver o art. 928, que delimita o que pode ser incluído na expressão “julgamentos de casos repetitivos”).

Se quando “não esgotadas as instâncias ordinárias” não seria admissível a reclamação, só se pode concluir que caso haja esse esgotamento não haveria óbice à sua propositura.⁴³⁹ O mesmo argumento a *contrario sensu* também se aplica à “observância de precedente de repercussão geral”.

Seria possível afirmar que todos estes casos nada mais são do que desdobramentos da cláusula geral de cabimento de reclamação para

⁴³⁹ Tal como sustenta DAL MONTE, Douglas Anderson. *Reclamação no CPC/15*. p. 108-111. Essa temática será retomada no item 3.6.

garantia da autoridade das decisões, esmiuçada agora pelo CPC/15 nos incisos III e IV do art. 988.⁴⁴⁰ Contudo, entende-se que o argumento não procede.

A reclamação é um instituto processual surgido na prática judicante⁴⁴¹, moldado por anos de evolução jurisprudencial e doutrinária. Desde sua concepção, buscou-se delimitar o sentido da expressão “garantia da autoridade das decisões”, que foi em 1988 constitucionalizada nos dispositivos de previsão da reclamação. Ao longo de todo esse tempo, observou-se considerável mutação no que tange ao alcance da reclamação com esse fundamento.⁴⁴²

A garantia da autoridade das decisões para fins de reclamação é associada pela jurisprudência do Supremo aos seguintes aspectos: ao efeito vinculante proveniente dos julgamentos em controle abstrato de constitucionalidade (efeito estritamente ligado ao objeto da demanda julgada⁴⁴³), ou à condição da parte reclamante ter tomado parte no julgamento de índole subjetiva (eficácia inter partes), cuja autoridade diz-se desafiada.⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ Nessa linha é a conclusão de: LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. p. 306-308, ao comentar uma versão anterior do então projeto do novo Código de Processo Civil.

⁴⁴¹ O *leading case* apontado pela doutrina é o julgamento Rcl 141, de 25/01/1952. Segundo Marcelo Navarro Ribeiro Dantas: “Não que tenha sido a primeira (aliás, já era a 141.ª reclamação julgada), e no próprio teor de seus votos foram referidos pronunciamentos anteriores a respeito. Mas nela, a questão dos fundamentos para a criação dessa medida, sua destinação, alcance e objetivos foram debatidos – e é possível perceber que, embora ainda se confundissem com os da reclamação correicional, começaram, decididamente, a tomar rumo bastante distinto” (DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 175).

⁴⁴² Nesse sentido, ver subitem 1.3.1.

⁴⁴³ Ver STF, Primeira Turma, Rcl 4454 AgR, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/03/2015, DJe 16/03/2015.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, ver: STF, Segunda Turma, Rcl 19608 AgR, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 05/05/2015, DJe 02/03/2015; STF, Primeira Turma, Rcl 7706 AgR, rel. Min. Rosa Weber, julgado em 10/06/2014; DJe 14/08/14 e STF, Segunda Turma, Rcl 7280 AgR, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 10/06/2014, DJe 31/07/2014.

E, de encontro à jurisprudência do STF, as inovações trazidas pelo CPC/15 nos incisos III e IV (exceção apenas à menção à súmula vinculante) associam o cabimento da reclamação também à garantia dos fundamentos (teses jurídicas) das decisões em controle concentrado (inciso III, do art. 988), e de julgamentos de índole subjetiva (incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, inciso IV, do art. 988).

Daí a conclusão de que o CPC/15 foi além do sentido interpretativo que historicamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confere à expressão “garantia da autoridade de suas decisões”, muito embora seja da competência desta Corte Suprema a interpretação última do texto constitucional.

No julgamento da ADI 2.797 (relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, acórdão de 19/12/06), o STF declarou inconstitucional a Lei Federal 10.628/02, que acrescentava dois parágrafos⁴⁴⁵ ao art. 84 do Código de Processo Penal. A iniciativa estendia a competência por prerrogativa de função dos Tribunais a ações de improbidade administrativa e determinava que essa prerrogativa prevaleceria mesmo após a cessação do exercício da função. A lei em questão havia sido aprovada após o STF cancelar a Súmula 394⁴⁴⁶, em decisão que reviu o entendimento, até então prevalente, de que o foro privilegiado expresso na Constituição prevaleceria mesmo após o fim do exercício da função. Justamente o que dizia a lei atacada na ADI. Os fundamentos que prevaleceram assentaram a impossibilidade de lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição rejeitada pelo STF – como o teria feito o §1º, do art. 84, do CPP, ao reinterpretar o sentido e extensão da cláusula de prerrogativa de função.

⁴⁴⁵ Parágrafos acrescentados ao art. 84, do CPP: “§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.”

⁴⁴⁶ Súmula 394 do STF (Cancelada): “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

Nessa esteira, compreender, a partir da aprovação do novo Código de Processo Civil que teria mudado o sentido constitucional da expressão “garantia da autoridade das decisões”, configuraria interpretação casuística do art. 102, I, ‘I’ da CF, que promove o controle da Constituição em face da legislação ordinária, e não o contrário.

Assentadas essas premissas e delimitadas as novas hipóteses de cabimento da reclamação no novo Código de Processo, serão abordados adiante os motivos pelos quais estas inovações são inconstitucionais por malferimento ao regime de distribuição de competência jurisdicional previsto na Constituição Federal.

3.2.2 Violação ao regime constitucional de distribuição de competências originárias do STF e STJ pela criação das novas hipóteses de cabimento da reclamação constitucional no CPC/15

A fim de estruturar e organizar o Estado, cabe à Constituição distribuir competências entre seus diversos órgãos e agentes.⁴⁴⁷ Essas competências são poderes de ação ou atuação ligados à persecução de tarefas constitucionalmente estabelecidas. Via de regra, as competências dos órgãos constitucionais são apenas aquelas enumeradas na Constituição (“princípio da tipicidade das competências”) e são também insuscetíveis de transferência a outros órgãos diferentes daqueles atribuídos pela Constituição (“princípio da indisponibilidade das competências”).

Sob o ângulo da separação de poderes, as competências podem ser de legislar, governar/administrar ou julgar. Interessa aqui esta última, especificamente no âmbito dos tribunais superiores.

A Constituição Federal atribuiu ao legislador ordinário a competência para a definição das competências do TST (art. 111-A, §1º), TSE (art. 121) e STM (art. 124). Distinto é o caso do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, cujas competências jurisdicionais (sejam elas originárias ou recursais) são de plano especificadas em detalhes no próprio texto constitucional (arts. 102 e

⁴⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. p. 676-679.

105). Mesmo antes da criação do STJ, já era da tradição constitucional brasileira a definição explícita das competências do STF.⁴⁴⁸

Essa diretriz tem a consequência de restringir por completo a possibilidade de atuação do legislador infraconstitucional no tema. Ausente a expressa deferência à lei, as competências do STF – e a partir da CF/88, do STJ – apenas podem ser modificadas por via de emenda constitucional.⁴⁴⁹

Esse raciocínio guarda raízes no Direito Constitucional norte-americano. Em 1803, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu em *Marbury v. Madison*⁴⁵⁰ – case que veio a consolidar o *judicial review* americano – pela inconstitucionalidade da lei judiciária (*Judiciary Act*) de 1789, na parte em que havia previsto o remédio processual utilizado por William Marbury para acessar a Suprema Corte naquela oportunidade. Isso porque a Constituição Americana previa competência originária da Suprema Corte apenas para os casos que envolvessem embaixadores, ministros de Estado, cônsules ou entes federados⁴⁵¹, enquanto o *Judiciary Act* trazia uma cláusula mais aberta para

⁴⁴⁸ A esse respeito conferir o art. 59 da Constituição Republicana de 1891, art. 76 da Constituição de 1934, art. 101 da Constituição de 1937, art. 101, da Constituição de 1946, art. 114, da Constituição de 1967 e 119 da EC 1/69.

⁴⁴⁹ Cf. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. p. 1368; e ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 498.

⁴⁵⁰ U.S. SUPREME COURT. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

⁴⁵¹ Constituição dos Estados Unidos, Artigo III, Seção 2, Cláusula 2: “In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be a Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned [within the judicial power of the United States], the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.” Tradução livre: “Em todos os casos que envolvam embaixadores, outros ministros públicos e cônsules, e aqueles em que um Estado for Parte, a Suprema Corte terá jurisdição originária. Em todos os outros casos antes mencionados [dentro do Poder Judiciário dos Estados Unidos], a Suprema Corte terá jurisdição de apelação, tanto em Direito como em Fato, com exceções e sob os regulamentos que o Congresso aprovar.”

juízo de *writs of mandamus*⁴⁵², na qual Marbury fundamentou o cabimento de seu pedido. Concluiu-se que a lei judiciária teria violado o regime estrutural de competências estabelecido constitucionalmente para a Suprema Corte, uma vez que ampliava a competência jurisdicional originária do Tribunal.

A jurisprudência do STF há muito já proclama que suas competências, extraíveis diretamente da Constituição, seguem regime de direito estrito, insuscetível de ampliação ou restrição, seja pelo intérprete, seja pelo legislador ordinário.⁴⁵³ Isso é dizer que o rol do artigo 102 da CF exprime de forma taxativa as hipóteses de acesso à jurisdição do STF.

Novamente, cabe referir o julgamento da ADI 2.797, pois o fundamento determinante para se declarar a inconstitucionalidade da extensão da cláusula de prerrogativa de foro no Código de Processo Penal às ações de improbidade administrativa foi justamente a proibição de o legislador ordinário estender as competências originárias dos Tribunais especificadas na Constituição, salvo quando esta remeta à lei sua fixação.

Assim conclui-se que, pelo fato das competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça estarem diretamente fixadas na Constituição Federal, essas são insuscetíveis de alteração por legislação ordinária, a não ser que haja expressa remissão à legislação infraconstitucional pela própria Constituição.

O constituinte de 1988 foi muito claro ao descrever a competência do STF e STJ para processar e julgar, originariamente, “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”. É como dizer que não caberá reclamação a

⁴⁵² *Judiciary Act* of 1789, § 13: “The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts [...] and writs of mandamus [...] to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.” Tradução livre: A Suprema Corte terá também jurisdição de apelação dos tribunais de circuito e tribunais dos vários Estados, nos casos aqui previstos; E terá poder para emitir mandados de proibição aos tribunais distritais [...] e *writs of mandamus* [...] a quaisquer tribunais apontados, ou pessoas ocupando cargos, sob a autoridade dos Estados Unidos.”

⁴⁵³ Nesse sentido, conferir RTJ 39/56, RTJ 43/129, RTJ 44/563, RTJ 50/72 e RTJ 53/776.

não ser para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Em 2004, quando foi introduzida a súmula vinculante, a possibilidade de controle pela via da reclamação foi trazida também por emenda constitucional, veículo adequado a outorgar nova competência jurisdicional originária à Corte Suprema.

A Constituição não deixou espaço para complementação por parte de legislação ordinária, nem expressa nem implicitamente.

Diferentemente, por exemplo, do caso da competência do STF prevista na alínea 'j' do mesmo art. 102, I, da CF para processar e julgar "a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados". Nesse caso, o texto constitucional implicitamente atribuiu à lei processual infraconstitucional a definição dos pressupostos para rever-se julgamento criminal ou civil, pois não há qualquer outra menção na CF que delimite o sentido dessa competência ou adentre a temática desses institutos (revisão criminal e ação rescisória), atribuindo-lhes um mínimo esboço de regime jurídico.

A CF bem poderia ter feito o mesmo com o caso da reclamação, afirmando que competiria ao STF e ao STJ julgarem a reclamação, e ponto final. Nesse caso, a integralização pelo direito infraconstitucional seria mandatória para concretizar o sentido dessa competência. A CF, todavia, foi mais longe: delimitou o campo de abrangência da competência "para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões". Ignorar essa especificação da finalidade do instituto é admitir que a Constituição simplesmente utilizou-se de vocábulos sem qualquer significado normativo, o que destoaria da regra hermenêutica, segundo a qual não pode haver na lei palavra ociosa.⁴⁵⁴ O dispositivo, por isso, deve ser interpretado em sua inteireza.

⁴⁵⁴ Carlos Maximiliano escreve descreve esta ideia: "Verba cum effectu, sunt accipienda: "Não se presumem, na lei, palavras inúteis." Literalmente: "Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia." As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva" (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 204).

Também diferente foi o caso ADPF, cujo dispositivo de previsão constitucional (§1º, do art. 102, da CF) enuncia que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, *na forma da lei*”. Há a deferência expressa à figura da lei, o que dá sustentação às disposições da Lei Federal 9.882/99, que tomam para si a tarefa de definir as hipóteses de cabimento da ADPF.

Dentre as competências do STF e do STJ, as figuras mais apropriadas para comparação certamente são os recursos extraordinário e especial. A Constituição Federal expressamente define alguns de seus requisitos de admissibilidade: decisão de única ou última instância, causa decidida, repercussão geral e notadamente, suas hipóteses de cabimento, expressa e taxativamente dispostas nas alíneas dos artigos 102, III e 105, III, da CF.

Quanto a esses recursos de índole extraordinária, é conhecida a compreensão da doutrina no sentido de que é vedado ao legislador ordinário alterar seu regime de cabimento.⁴⁵⁵ Pelo fato da CF já ter regulado essa matéria, qualquer alteração (para mais ou para menos) implicaria em malferimento do texto constitucional no ponto.

Por todos, Pontes de Miranda, em comentário à Constituição de 1967 com a EC 1/69:

Não há falar-se em recurso extraordinário, no sentido do art. 119, III, do qual tenha

⁴⁵⁵ MONTEIRO, Samuel. *Recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Hemus, 1992. p. 293; TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. p. 118; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. p. 177; ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 737. Sérgio Bermudes, criticando o art. 541 do CPC/73, pontua que “o artigo fala em caberá recurso extraordinário. O dispositivo é ocioso. O Código não pode dizer que o recurso extraordinário se admite. Dilo a Lei Maior. Logo, não há lugar para o dispositivo. Deveria o legislador ordinário furtar-se à declaração de que o recurso extraordinário caberá das decisões proferidas por outros tribunais, nos casos previstos na Constituição. Admitido esse recurso, no próprio texto constitucional, não poderia o Código estender sua incidência, nem limitá-la. [...] É preciso atentar para o fato de que o recurso extraordinário, instituído pela Constituição, não é suscetível de sofrer limitação de qualquer natureza pelo legislador ordinário” (BERMUDES, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. p. 232-233).

conhecimento outro tribunal que o Supremo Tribunal Federal, nem de outros pressupostos que aquêles que foram mencionados na Constituição. A êsse respeito, às leis ordinárias não é dado aumentar, diminuir, alterar ou combinar os pressupostos de cada um dos incisos, de todos ou de alguns. O texto constitucional é intangível e somente as emendas constitucionais podem lograr a introdução de qualquer mudança.⁴⁵⁶

Então, pergunta-se: por que com a reclamação constitucional seria diferente?⁴⁵⁷ Se há igual definição de cabimento (“reclamação para...”) na própria Constituição?

Poder-se-ia objetar que a competência da União para legislar sobre processo (art. 22, I, da CF) possibilitaria o expediente empreendido pelo CPC/15 no ponto. Ocorre que a questão não é concernente à natureza da regra, se processual ou não, e sim da possibilidade ou não de estender-se competência constitucional por lei ordinária. A Constituição é impregnada de regras processuais (Direito Constitucional Processual⁴⁵⁸), institutos processuais cuja incidência e

⁴⁵⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed., tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 123.

⁴⁵⁷ Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, ainda em 2000, aventando a possibilidade da reclamação ser prevista por lei ordinária para cabimento a outros tribunais que não STF e STJ, diz que: “Ora, isso [a vedação ao legislador ordinário disciplinar diversamente a regulação do recurso extraordinário e especial na CF] se aplica também à reclamação – cuja competência também foi especificada constitucionalmente” (DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no Direito brasileiro*. p. 275).

⁴⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 41: “O direito processual, ramo do direito público, é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Existem, também, institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para sua aplicação se encontram na própria Constituição. Naturalmente, o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade, de sorte a facilitar sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito. Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um direito constitucional processual, para significar o conjunto das normas de direito

procedimento encontram-se na própria CF.⁴⁵⁹ Cabe à lei processual ordinária federal preencher os espaços para desenvolver o direito processual, sem, contudo, contrariar as regras processuais – inclusive de competência – já fixadas pela Constituição Federal, tais como as regras de cabimento da reclamação ou dos recursos extraordinários.⁴⁶⁰

Poder-se-ia também supor que o legislador ordinário apenas redefiniu o sentido de garantir a autoridade das decisões do STF, fazendo abranger os novos casos, de repetitivos etc., dentro dessa nova leitura.⁴⁶¹ Preliminarmente, é bom dizer que a própria construção do artigo 988, do CPC/15 já induz em direção contrária, pois o dispositivo possui quatro incisos sendo que apenas um deles faz referência à “garantia da autoridade das decisões”, fazendo concluir que os demais tratem de outros assuntos.

Aqui a indagação é se pode ou não o legislador ordinário propor efetivamente mudanças na leitura da “garantia de autoridade das

processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional. Não se trata, portanto, de ramos novos do direito processual.”

⁴⁵⁹ José da Silva Pacheco compila as dezenas de dispositivos concernentes ao direito processual em geral, normas específicas de direito processual civil, direito processual penal, direito processual trabalhista e administrativo (PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. p. 79-81).

⁴⁶⁰ Marcelo Navarro Ribeiro Dantas compreende que a atribuição de competência a uma Corte para processar e julgar reclamação não poderá, dentre outros aspectos, “contrariar nem desbordar os limites gizados pela Constituição à referida medida, pena de sua completa desnaturação, levando aí ou ao surgimento de remédios administrativos ou processuais que apenas nominalmente se qualifiquem como reclamações, ou à pura e simples inconstitucionalidade.” Contudo no que tange às hipóteses de cabimento mais tarde justifica preferência “pela maior abertura possível em relação às hipóteses de cabimento da reclamação” (DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no Direito brasileiro*. p. 315 e 484).

⁴⁶¹ Tal como Francisco Carlos Duarte e Adriana Monclaro Grandinetti compreenderam possível a inclusão da modalidade de reclamação para controle da aplicação dos enunciados de súmula vinculante dentro da hipótese de “garantia da autoridade das decisões do STF em: DUARTE, Francisco Carlos; GRANDINETTI, Adriana Monclaro. *Comentários à Emenda Constitucional 45/2004*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 128.

decisões” do art. 102 e 105 da CF. Veja-se, isso é diferente do quanto dito no item anterior sobre supor que as hipóteses do CPC/15 já estariam inclusas na cláusula geral de garantia de autoridade das decisões. Afastou-se esse argumento com a análise da jurisprudência do STF, que tem muito bem definido o que torna cabível a reclamação.

A fim de responder à pergunta, é pertinente a análise de outros dois precedentes do STF, posteriores ao julgamento da ADI 2.797.

Primeiro a ADI 3.772, do Distrito Federal, julgada em 29/10/08.⁴⁶² Estava em julgamento a constitucionalidade da Lei 11.301/06, que definiu de maneira bastante ampla o conteúdo das “funções de magistério” para efeitos do disposto no §5º do art. 40⁴⁶³ e no §8º, do art. 201⁴⁶⁴ da Constituição Federal, dispositivos que adotam a expressão para definir hipótese de aposentadoria especial para “o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio”. O autor da ADI sustentou que a lei em questão teria alargado o sentido das ditas funções de magistério, que o STF já tinha definido de maneira restrita, inclusive com enunciado de súmula.⁴⁶⁵ O STF acabou por conferir interpretação conforme ao dispositivo, apenas para excluir do regime de aposentadoria os “especialistas em educação”.

À primeira vista, poder-se-ia entender que o STF reconheceu a plena possibilidade de extensão do sentido constitucional da expressão “funções de magistério” pelo legislador ordinário, o que abriria caminho para, da mesma forma, inexistir problema com a interpretação do novo CPC em relação à expressão “garantia da autoridade das decisões do STF”.

⁴⁶² STF, Tribunal Pleno, ADI 3772, rel. Min. Carlos Britto, Relator p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 29/10/2008, DJe 26/03/2009.

⁴⁶³ Constituição Federal, Art. 40, “§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.”

⁴⁶⁴ Constituição Federal, Art. 201, “§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.”

⁴⁶⁵ Súmula 726, do STF: “Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.”

Contudo, o que ocorreu no julgamento da ADI 3.772, e isso é patente pelos argumentos adotados em todos os votos que compuseram a maioria, é que o STF reviu sua jurisprudência acerca da extensão das funções de magistério, reavaliou e ampliou o sentido conferido à expressão “funções de magistério” da CF, entendendo, por isso, compatível a nova lei com o sentido que o Plenário extraiu do art. 40, §5º, da CF.⁴⁶⁶ Todos os ministros discutiram o que entendiam diretamente por “funções de magistério” – se compreenderia ou não atividades fora de sala de aula como direção de escola etc. – e acabou-se concordando com o legislador em grande extensão. Não se reconheceu, todavia, a autoridade do legislador ordinário para aditar o sentido da expressão constitucional – nem se abordou tal tema nos votos –, o que se reconheceu foi a compatibilidade da lei ordinária com o sentido que o STF estava adotando. A diferença é sutil, mas crucial.⁴⁶⁷

Se coubesse ao legislador ordinário conferir nova interpretação constitucional (por meio da edição de lei ordinária mais específica), o STF necessariamente deveria ter sufragado essa posição, como deve

⁴⁶⁶ Como explica Rodrigo Brandão: “O STF, em vez de afirmar a inconstitucionalidade da lei apenas pelo fato de ela ter revertido a sua interpretação constitucional (como o fez no caso do foro por prerrogativa de função), aproveitou o ensejo da nova lei para reinterpretar os arts. 40, §5º, e 20, §8º, da CF/1988, tendo concordado parcialmente com o legislador. Com efeito, a Corte abandonou a tese que restringia o alcance da expressão “funções de magistério” a atividades estritamente docentes, para abranger as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico desempenhadas por professor” (BRANDÃO, Rodrigo. *Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 378).

⁴⁶⁷ Gustavo da Gama Vital de Oliveira, sustentando contrariedade entre os julgamentos da ADI 2.797 (prerrogativa de foro) e a ADI 3.772 (aposentadoria dos professores), afirma com relação à última que “a simples circunstância de a lei editada contrariar entendimento jurisprudencial consolidado pelo STF não funcionou como espécie de questão preliminar que impedia a análise do mérito. Ao contrário, diante da lei de correção legislativa da jurisprudência, o STF admitiu rediscutir a questão e acabou atingindo resultado final diverso daquele preconizado no entendimento jurisprudencial precedente” (OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito Tributário e diálogo constitucional*. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 87).

ocorrer no caso de reforma constitucional (se esta não transgredir as vedações do art. 60, §4º, da CF).

Aqui cabe referência mais uma vez a Frederick Schauer, quando o autor expõe a diferença entre seguir o passado e aprender com o passado.⁴⁶⁸ Um tribunal pode vir a ser persuadido por um entendimento anterior – exarado pelo legislador, por exemplo –, mas se a decisão de adotar tal diretriz é baseada na correteza de suas razões apenas, não há qualquer valor de precedente, e sim o mero aprendizado com o passado.

Se o STF tinha a opção de simplesmente entender o texto constitucional de maneira diversa, discordando da lei atacada por razões materiais de compatibilidade com a Constituição, isso quer significar que o fato da interpretação ter sido seguida não lhe confere qualquer força ou legitimidade por si própria.

Outro exemplo. No julgamento da ADI 5.105, do Distrito Federal, o Supremo Tribunal Federal discutiu a constitucionalidade da Lei Federal 12.875/13, que restringiu o acesso ao horário de rádio e televisão e participação do fundo partidário dos partidos criados no curso da legislatura – isto é, que não passaram por nenhuma eleição geral.

Alegou-se que tal diretriz iria contra o que o STF havia assentado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.430 e 4.795, de que o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos, tutela, igualmente, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se essa representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura.

Muito embora no voto condutor tenham sido tecidas duras críticas ao julgamento da ADI 2.797, já referenciado mais de uma vez aqui, bem como tenha sido dito que “no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a corte tem adotado um comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador”, também foi dito que “a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da corte nasce, [...], com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima.”⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ Conferir subitem 1.1.1 e SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. p. 38.

⁴⁶⁹ STF, Tribunal Pleno, ADI 5105, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 01/10/2015, DJe 15/03/2016.

A conclusão do julgamento foi no sentido da procedência da ação, reconhecendo-se que a lei atacada de fato teria contrariado a interpretação do Supremo acerca do ponto, notadamente porque o legislador ordinário não teria se desincumbido da tarefa de elencar fundamentos capazes de rever a diretriz estabelecida.

O resultado desse julgamento apenas reforça a direção tomada com a ADI 2.797. O só fato de ter sido avaliada a (im)procedência das justificativas apresentadas no Congresso para a aprovação da legislação já demonstra que – da mesma forma como ocorreu com o julgamento acerca da definição das “funções de magistério” na ADI 3.772 – o STF não reconheceu a legitimidade do legislador ordinário quanto à interpretação da Constituição. Se os fundamentos têm de ser testados, é porque não se está admitindo a legitimidade plena da mudança interpretativa em primeiro lugar, se está aceitando ou rejeitando essa interpretação por razões de mérito, tomando para si – STF – a responsabilidade de avaliar a sustentabilidade dessa interpretação.

A temática das correções legislativas da jurisprudência é bastante conhecida. A tensão entre as decisões majoritárias do legislativo e a possibilidade de revisão pelo poder essencialmente contramajoritário, que é o Judiciário, é um perene ponto de discussão e reflexão.

Daí a importância de visualizar-se o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário e a aprovação de leis contrárias à jurisprudência como parte de um diálogo⁴⁷⁰ entre intérpretes da Constituição. As decisões tomadas por qualquer um dos Poderes têm um caráter apenas “parcialmente-definitivo”⁴⁷¹, uma vez que podem ser contestadas e revistas pelos mecanismos político-jurídico disponíveis aos outros Poderes. Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto e

⁴⁷⁰ Tal como concebido por Peter W. Hogg e Allison Bushell em: HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison. The charter dialogue between courts and legislatures: or perhaps the charters isn't such a bad thing after all. *Osgoode Hall Journal*, Toronto: Osgoode Law School, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

⁴⁷¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 5.

Daniel Sarmento⁴⁷² criticam a comum aceção de que o STF detém a “última palavra” sobre o significado da Constituição.⁴⁷³

Clèmerson Clève destaca que:

[...] do mesmo modo que o Legislativo costuma adotar um discurso político para a formação de consenso, o Judiciário precisa traduzir demandas políticas em termos jurídicos. Tais diferenças irão complementar o conjunto de discursos produzidos sobre o tema até o momento e conferir novas rodadas deliberativas sobre a matéria.⁴⁷⁴

O aporte da discussão a outros atores poderá trazer novos pontos de vista, a fim de consolidar uma decisão mais consentânea com os

⁴⁷² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 405.

⁴⁷³ A prerrogativa da “última palavra” é frequentemente levantada pelo STF, como no MS 26603, da seguinte forma: “O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’) - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental” (STF, Tribunal Pleno, MS 26603, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04/10/2007, DJE 18/12/2008).

⁴⁷⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 7. p. 5.

valores constitucionais e políticos de um povo em um determinado contexto.

Fosse feita a alteração de regime jurídico de cabimento da reclamação por via de emenda constitucional – preferencialmente direcionada aos artigos 102 e 105 da CF –, não haveria qualquer problema de índole constitucional.

Ainda que plenamente discutível, a conveniência e a oportunidade da adoção do veículo da reclamação, enquanto via de acesso amplo aos tribunais superiores, seria de difícil defesa a tese de que eventual emenda estendendo hipóteses de cabimento da reclamação de alguma forma transgrida as vedações de reforma constitucional do art. 60, da CF.

Nesse caso, o Congresso alteraria a própria regra de base do diálogo, o próprio parâmetro de controle que serviu de fundo para a consolidação do entendimento jurisprudencial.⁴⁷⁵

Como destaca Gustavo da Gama Vital de Oliveira, ao longo da história constitucional brasileira não foram poucas as vezes em que o Congresso Nacional aprovou emendas constitucionais com a clara finalidade de superar orientações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 226.

⁴⁷⁶ O autor cita os seguintes casos em: Estado legislativo e correção legislativa da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 73, p. 160-191, 2010: “a) a EC 19/1998 (LGL\1998\67) deu nova redação ao inc. XI do art. 37 da CF/1988, para estabelecer que “as vantagens pessoais e de qualquer natureza” deveriam ser consideradas para o fim de fixação do teto remuneratório dos servidores públicos, com o claro propósito de corrigir o entendimento do STF na ADIn 14 (RTJ 130, p. 475-484), de que as vantagens pessoais não estariam abraçadas pelo teto remuneratório; b) a EC 20/1998 (LGL\1998\68) conferiu nova redação ao art. 195, I, da CF/1988, para estabelecer, na alínea a, que a contribuição social exigida dos empregadores seria incidente sobre a ‘folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício’. A alteração teve o intuito de superar o entendimento jurisprudencial do STF, que, analisando o texto anterior, no qual havia referência apenas à expressão ‘folha de salários’, entendeu ser inconstitucional a cobrança de contribuição previdenciária relativa aos trabalhadores autônomos segundo a Lei 7.787/1989 (LGL\1989\23)RE 166.772-9 (JRP\1994\1183) , DJ

Considerando a inovação por meio de legislação ordinária, o tema torna-se bastante mais tormentoso.

Gustavo da Gama Vital de Oliveira observa que, em regra, é inadmissível a superação de interpretação constitucional do STF por meio de aprovação de legislação ordinária, reconhecendo contudo, a existência de possíveis exceções a essa regra. Um primeiro exemplo seria a possibilidade de extensão de uma interpretação constitucional do

12.05.1994); c) a EC 29/2000, em nova redação dada ao art. 156, § 1.º, da CF/1988, explicitou a possibilidade de progressividade fiscal do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), contrariando o entendimento do STF; d) a EC 33/2001 (LGL\2001\233) conferiu nova redação ao art. 155, § 2.º, IX, a, da CF/1988, estabelecendo a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre a entrada de bens ou mercadorias importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que esta não seja contribuinte habitual do imposto, contrariando o entendimento do STF; e) a EC 39/2002 (LGL\2002\394) introduziu o art. 149-A na CF/1988, prevendo a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública, contrariando o entendimento do STF que não autorizava a cobrança da referida taxa; f) a EC 52/2006 (LGL\2006\2232) deu nova redação ao § 1.º do art. 17 da CF/1988, para superar o entendimento do TSE que considerou vedada a prática de coligações de partidos políticos em âmbitos nacional e local (Res. 21.002/2002); g) a EC 57/2008 acrescentou o art. 96 ao ADCT, dispondo que ficariam 'convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31.12.2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação'. Como se sabe, o STF havia firmado posicionamento jurisprudencial no sentido de considerar inconstitucionais leis estaduais que haviam criado municípios após a alteração da redação do art. 18, § 4.º, da CF/1988 pela EC 15/1996 (LGL\1996\35), que exigiu a edição de lei complementar federal para regular o tema. O STF, em alguns julgados, declarou a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, mantendo a vigência da lei por prazo fixado até que o legislador pudesse estabelecer novo regramento. 1 A emenda constitucional teve o nítido escopo de assegurar a validade da criação dos municípios, independentemente das decisões do STF; h) a EC 58/2009 (LGL\2009\2004) alterou a redação do art. 29 da CF/1988 para modificar a forma de cálculo do número de vereadores. A emenda nitidamente pretende superar o entendimento firmado pelo STF no RE 197.917/SP (DJ 07.05.2004), que adotou critério do qual resultou a redução do número de vereadores em todo o País, e na Res. TSE 21.702/2004 (LGL\2004\881) que buscou dar aplicabilidade à mencionada decisão.”

STF para a regulamentação de um outro dispositivo inicialmente não previsto pelo entendimento do STF. O segundo exemplo é a correção de jurisprudência tomada em circunstâncias peculiares (por uma maioria muito frágil por exemplo), quando o legislador possa acreditar que o levantamento do tema novamente possa trazer resultado diverso.⁴⁷⁷

Quanto a este segundo ponto, por evidente, cabe a ponderação acerca das regras propostas para a superação de precedentes. É claro que com o efeito vinculante (art. 102, §3º, da CF) não obrigando o legislador, este sempre pode reeditar regras declaradas inconstitucionais.

Sérgio Antonio de Oliveira Victor aduz que, diante de correção legislativa pela via ordinária, o Tribunal deve reabrir o diálogo e avaliar a compatibilidade material da nova lei com o texto constitucional.⁴⁷⁸ Esta postura é condizente com o caminho tomado pelo STF no julgamento da ADI 3.772, em que reavaliou a pertinência do entendimento jurisprudencial sobre as “funções de magistério”.

Discorda-se, em parte, uma vez que a aprovação de emendas constitucionais no Brasil não é atividade politicamente tão custosa, como o próprio autor reconhece.⁴⁷⁹ Muito embora o quórum de aprovação de emendas à Constituição no Brasil seja bem mais drástico que o de leis ordinárias ou complementares⁴⁸⁰ e a legitimidade para proposição também seja restringida⁴⁸¹, ainda é um regime muito mais brando que o necessário à aprovação de emenda à Constituição

⁴⁷⁷ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito Tributário e diálogo constitucional*. p. 138-139.

⁴⁷⁸ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*. p. 232-233.

⁴⁷⁹ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*. p. 226.

⁴⁸⁰ Constituição Federal, Art. 60, “§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”

⁴⁸¹ Constituição Federal, “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.”

Americana – 2/3 dos congressistas ou das assembleias dos estados para propor a alteração e aprovação por 3/4 dos estados⁴⁸² –, por exemplo.

O STF deve prezar pela estabilidade da sua jurisprudência constitucional e a aprovação de lei ordinária contrária a esse entendimento não pode ter o automático propósito de rever entendimentos consolidados. Essa alteração legislativa deve ser considerada sim como um dos elementos que apontariam para a necessidade de superação da jurisprudência, não como uma carta branca ao Tribunal para acatar ou rejeitar uma mudança de entendimento abrupta. O voto majoritário representado no Legislativo é um importante elemento na aferição de mudanças na sociedade, a motivar possivelmente uma superação de entendimento jurisprudencial.

3.2.3 Papel da reclamação na aplicação de precedentes

Consideradas essas premissas, permanece a pergunta: então que papel tem a reclamação no sistema de precedentes do novo Código de Processo Civil?

A reclamação é um meio drástico de controle que implica supressão de instâncias e a cassação da decisão, seja ela administrativa ou judicial, ou na própria avocação do processo em que foi proferida. Por isso, o próprio equilíbrio do sistema processual aproveita a condição de ser um remédio de cabimento restrito às hipóteses mais gritantes de violações.

Partindo-se da premissa da tese da inconstitucionalidade do alargamento das hipóteses de cabimento da reclamação, é bastante claro que as hipóteses de cabimento permanecem as mesmas reconhecidas pela normativa anterior, a saber: 1) preservação da competência dos tribunais; 2) garantia da autoridade das suas decisões (compreendidas como o comando proveniente da parte dispositiva) e; 3) garantia da boa aplicação de súmulas vinculantes.

Apenas quanto à utilização da reclamação para garantia da aplicação de enunciados de súmula vinculante é que as premissas desse trabalho de utilização e funcionamento dos precedentes aplicam-se na totalidade. Isso porque apenas com relação à súmula vinculante é que se pode garantir plenamente a aplicabilidade de “tese jurídica” ou de “fundamentos determinantes” exarados pelo STF, considerando a tese

⁴⁸² Constituição dos Estados Unidos, Article V. Disponível em: <<http://constitutionus.com/>>. Acesso em 08 fev. 2017.

de inconstitucionalidade das demais novas hipóteses associadas ao incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência, bem como a impossibilidade de extensão da garantia de autoridade das decisões à fundamentação do julgado (teoria da transcendência dos motivos determinantes).

Quanto à reclamação por desrespeito ao enunciado de súmula vinculante, qualquer das hipóteses de má aplicação⁴⁸³ é plenamente controlável mediante a utilização do instrumento da reclamação constitucional.

A negativa expressa ou tácita à vinculatividade do enunciado (1) é o fundamento mais básico de utilização da reclamação nesse caso, e parte da premissa de que o tribunal *a quo* simplesmente decidiu de maneira contrária à súmula, negando sua vinculatividade ou ignorando sua existência.

A alegação de necessidade da superação do enunciado (2), em primeiro momento, pode parecer inadmissível, considerando a existência de procedimento formal a ser seguido mediante legitimação restrita, que não inclui a parte interessada em processo subjetivo.⁴⁸⁴

⁴⁸³ Conforme sustentado no item 3.1: 1) O precedente pode ter sua autoridade negada pelo julgador, tanto expressamente, quando fundamentadamente o julgador nega razão aos fundamentos determinantes do precedente (negando eficácia à própria regra jurídica disposta no precedente), quanto implicitamente, quando o julgador ignora precedente vinculante aplicável ao caso. 2) O precedente deve ser superado e já não tem autoridade vinculativa diante da falta de confiança na aplicabilidade do precedente; 3) Ocorrer uma falsa inclusão no campo de influência do precedente, onde o precedente é aplicado para solucionar determinada questão jurídica a despeito de distinção relevante suscitada pela parte; 4) Ocorrer uma falsa exclusão do campo de influência, onde um precedente é afastado a despeito de alegação da parte de que o caso é substancialmente igual.

⁴⁸⁴ Lei Federal 11.417/06, “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

Nada obstante, é em tese admissível a alegação, já que o procedimento de cancelamento ou revisão pode ter início por iniciativa de ministro do STF. Dessa forma, se o ministro relator pode propor a revisão ou cancelamento da súmula (de ofício, portanto), nada impede que ele agasalhe pedido da parte nesse sentido, feito em reclamação.

Também as falsas inclusões ou exclusões de aplicação da súmula (3 e 4) são plenamente controláveis por reclamação. Essas hipóteses manifestam-se nos casos de identificação de diferenciação do caso concreto para não aplicar a súmula (falsa exclusão, no entender da parte) e no caso do órgão julgador ignorar ou rejeitar alegação de diferenciação do caso para aplicar enunciado da súmula (falsa inclusão, no entender da parte).

A hipótese de utilização da reclamação diante de frontal negativa de vigência do enunciado tem um claro viés pedagógico do STF “forçar” a aplicação do entendimento vinculante aos tribunais regionais que sustentem razão contrária ao entendimento sumulado.

Por outro lado, as avaliações das diferenciações empreendidas pelas cortes regionais na aplicação da súmula vinculante fazem o manejo do seu enunciado evoluir normalmente, como descrito quando se falou da aplicação do precedente.

Veja-se, por exemplo, a Súmula Vinculante de número 14, que prevê o seguinte: “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.”⁴⁸⁵

Na Rcl 23.101⁴⁸⁶ discutiu-se a investigação realizada pela Procuradoria da República do Paraná, onde foi autorizado o acesso dos defensores à documentação apenas dentro das dependências do órgão. A segunda turma do STF decidiu que o direito de amplo acesso aos elementos de prova compreende também a “possibilidade de obtenção de cópias, por quaisquer meios, de todos os elementos de prova já documentados, inclusive mídias que contenham gravação de depoimentos em formato audiovisual.” Dessa forma, isso ampliou a

Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.”

⁴⁸⁵ STF, Tribunal Pleno, Súmula Vinculante 14, aprovada em 02/02/09, DJe 09/02/09, DOU, 09/02/09.

⁴⁸⁶ STF, Segunda Turma, Rcl 23101, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016.

abrangência da súmula também para esses casos, afastando diferenciação (o fato de haver acesso, só não a possibilidade de cópia) e reforçando a aplicabilidade do enunciado.

Outro exemplo é o da Súmula Vinculante de número 10, prevendo que “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”⁴⁸⁷

Na Rcl 13.752/PR⁴⁸⁸, o Sindicato dos Médicos do Paraná pediu a cassação de decisão do Tribunal de Justiça que afastou a aplicação de decreto que condicionava a inscrição do médico à quitação do imposto sindical, porque não observou a reserva de plenário (art. 97, CF). No caso, a primeira turma do STF decidiu que a Súmula não abrange casos de juízos de não recepção de normas pré-constitucionais, o que seria o caso do decreto em questão. Isto é, a aplicação da súmula ao caso foi negada, porque entendeu-se que a circunstância da norma afastada ser anterior à Constituição faz cessar a obrigatoriedade de observância da reserva de plenário. Dessa forma, o campo de influência da súmula foi legitimamente estreitado, por meio da constatação de existência de distinção relevante.

Dessa forma, tanto por um lado quanto por outro a reclamação serve para desenvolver o direito disposto no enunciado de súmula, refutando e reconhecendo a existência de distinções a alargar ou estreitar a abrangência do enunciado.

Especificamente com relação à súmula vinculante, o STF detém grande vantagem, pois pode vir a controlar a válvula de acesso à jurisdição do Supremo. Já que a abrangência do texto e quantidade de enunciados aprovados reverbera diretamente na quantidade de reclamações possíveis.

Contudo, de maneira nenhuma pode-se dizer que a utilização da reclamação no caso de precedentes vinculantes esteja restrita à hipótese de controle da súmula vinculante.

Nos casos de controle abstrato de constitucionalidade em que o ato normativo é mantido no ordenamento – considerando julgamentos de improcedência em ADI, procedência em ADC ou adoção de técnicas

⁴⁸⁷ STF, Tribunal Pleno, Súmula Vinculante 10, aprovada em 18/06/08, DJe 27/06/08, DOU 27/06/08.

⁴⁸⁸ STF, Primeira Turma, Rcl 13752 AgR, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 09/11/2016, DJe 21/11/2016.

de interpretação conforme à constituição, nulidade sem redução de texto e etc. –, a reclamação assume um importante papel, não apenas de reafirmação desse entendimento, mas também de possibilitar sua própria revisão. Importante lembrar que essa revisão, tratando-se de controle de constitucionalidade, somente tem razão de ser nesses casos, pois caso fosse procedente a ADI, a norma parâmetro já não existiria no ordenamento.

Um ótimo exemplo é o julgamento da Rcl 4.374/PE⁴⁸⁹, onde um anterior entendimento pela constitucionalidade de dispositivo foi revisto para consignar a ocorrência de progressivo *processo de inconstitucionalização*.

A norma em questão é o art. 20, §3º, da Lei Federal 8.742/93, que ao regulamentar o benefício assistencial do art. 203, V, da CF⁴⁹⁰, dispõe que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.” No julgamento da ADI 1.232, o STF declarou a irrestrita constitucionalidade do dispositivo legal.

A aplicabilidade do dispositivo mostrou-se muito difícil com o passar dos anos, considerando que o limite de renda per capita em ¼ do salário mínimo desautorizava ao recebimento do benefícios famílias em evidente estado de miserabilidade. Como consignado no relatório da Rcl. 4.374 diversas justificativas foram formuladas pelos órgãos judiciários em todo o país para contornar o entendimento do STF e possibilitar o reconhecimento da necessidade do benefício também por outros critérios.

Tal fato motivava o ajuizamento de reclamações no STF pelo INSS, a fim de fazer cumprir o entendimento pela constitucionalidade e pela plena aplicabilidade do critério objetivo do art. 20, §3º, da Lei Federal 8.742/93.

Com o julgamento da Rcl 4.374, o Supremo Tribunal Federal reviu o entendimento exarado na ADI 1.232 para declarar a

⁴⁸⁹ STF, Tribunal Pleno, Rcl 4374, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/04/2013, DJe 03/09/2013.

⁴⁹⁰ Constituição Federal, “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade do dispositivo, com efeitos a partir de data futura. Reconheceu-se a superveniência de “notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)” que, a partir de novos fundamentos jurídicos, motivaram a alteração do entendimento.

Sobre o papel da reclamação neste processo consignou o relator Min. Gilmar Mendes que:

O “balançar de olhos” (expressão cunhada por Karl Engisch) entre a norma e o fato, que permeia o processo hermenêutico em torno do direito, fornece uma boa metáfora para a compreensão do raciocínio desenvolvido no julgamento de uma reclamação. Assim como no processo hermenêutico o juízo de comparação e subsunção entre norma e fato leva, invariavelmente, à constante reinterpretação da norma, na reclamação o juízo de confronto e de adequação entre objeto (ato impugnado) e parâmetro (decisão do STF tida por violada) implica a redefinição do conteúdo e do alcance do parâmetro. É por meio da reclamação, portanto, que as decisões do Supremo Tribunal Federal permanecem abertas a esse constante processo hermenêutico de reinterpretação levado a cabo pelo próprio Tribunal. A reclamação, dessa forma, constitui o locus de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de mutação constitucional e de inconstitucionalização de normas (des Prozess des Verfassungswidrigwerdens), que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão.

Assim, a reclamação assume importante papel de verificação da necessidade de superação do entendimento jurisprudencial. Daí se vê que a limitação de utilização da reclamação à garantia da parte dispositiva das decisões em controle concentrado apenas restringe, mas não elimina, a possibilidade de aproveitamento do instituto para controle dos precedentes.

Como destacado no subitem 1.3.1, o STF, ao erigir interpretação conforme a Constituição em julgamentos de ações diretas, registra tal atributo na parte dispositiva da decisão. Essa prática autoriza, como o STF tem reconhecido⁴⁹¹, a propositura de reclamação para a específica finalidade de garantir a autoridade desta interpretação conforme a Constituição.

O processo de inconstitucionalização ou da reinterpretção de uma *interpretação conforme à Constituição*, ainda que detenha efeitos diretos ligados a um texto normativo específico, emanam consequências por sobre o entendimento jurisprudencial que embasou a conclusão anterior de constitucionalidade. O julgamento da reclamação que reavalia o alcance da disposição na norma parâmetro, ou reinterpreta juízo de constitucionalidade, detém razões jurídicas que se sobrepõem aos motivos anteriores que davam pela constitucionalidade do dispositivo. Por isso, a reclamação, mesmo tendo sua eficácia limitada à parte dispositiva, serve de terreno adequado para a possibilidade de reavaliar entendimentos jurisprudenciais que levaram a conclusões de julgamentos em controle abstrato de constitucionalidade.

3.3 A AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO A “PADRÃO DECISÓRIO”

A ação rescisória é um procedimento especial de ação por meio do qual se pede a desconstituição de uma sentença⁴⁹² transitada em

⁴⁹¹ Por exemplo, o julgamento da ADI 1194/DF acerca do Estatuto da OAB (Lei Federal 8.906/94), que declarou a inconstitucionalidade do §3º do art. 24 e fixou interpretação conforme à Constituição para o art. 21 no sentido da “preservação da liberdade contratual quanto à destinação dos honorários de sucumbência fixados judicialmente” (STF, Tribunal Pleno, ADI 1194, rel. p/ Acórdão, Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, DJe 10/09/2009). O dispositivo descreve que “Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados.” Na Rcl 21.045/SP, a Primeira Turma do STF decidiu que “viola o referido julgado decisão que, sem declarar a nulidade de acordo, afasta disposição acerca de honorários firmada entre escritório e advogado a ele associado”, julgando procedente a reclamação e conferindo, por isso, plena aptidão ao instituto para garantir a autoridade da interpretação conforme estabelecida.

⁴⁹² Embora o CPC/73 associa-se à utilização da rescisória apenas à desconstituição de sentenças, a normativa do novo código já fala em decisão

julgado.⁴⁹³ O objeto de qualquer ação rescisória é a pretensão de desconstituição do provimento de mérito transitado em julgado⁴⁹⁴, por isso esse pedido é obrigatório.⁴⁹⁵ Após esta desconstituição, chamada de juízo rescindente, a depender do fundamento da ação, pode haver razão para substituir a decisão desfeita, procedendo-se ao rejuízo da causa – chamado de juízo rescisório.⁴⁹⁶

É descabido tratar a ação rescisória como recurso, pois esta não atende ao requisito da taxatividade recursal. Além disso, como pontua Coqueijo Costa, “a rescisória é remédio para a prestação jurisdicional já entregue, o recurso é o para a prestação apenas apresentada.”⁴⁹⁷ Dessa forma, apenas após o trânsito em julgado é que a decisão estará sujeita a ser rescindida.⁴⁹⁸ Ação rescisória possui natureza jurídica de ação autônoma de impugnação, com causa de pedir, pedido e partes próprias, que provoca a instauração de nova relação jurídica processual.⁴⁹⁹

Muito embora haja outros instrumentos processuais capazes de induzir efeitos “rescindentes”, a ação rescisória é o meio típico autorizativo deste expediente.

A utilização da ação rescisória é condicionada à existência de específicos vícios reputados pelo ordenamento jurídico como especialmente graves, a fim de autorizar a desconstituição da sentença

de mérito. Com o CPC/16 o regime jurídico da rescisória pouco mudou, mas diversos termos foram atualizados para atingir um sentido técnico mais apurado e modernizar o instituto de maneira geral.

⁴⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. p. 99.

⁴⁹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 19.

⁴⁹⁵ GERAIGE NETO, Zaiden. *Ação rescisória: o lento caminhar do direito escrito, comparado às rápidas transformações das sociedades contemporâneas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 70.

⁴⁹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. p. 133-141.

⁴⁹⁷ COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1986. p. 15.

⁴⁹⁸ SANTOS, Ulderico Pires dos. *Teoria e prática da ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 8.

⁴⁹⁹ BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. p. 25.

transitada em julgado e a quebra da coisa julgada no ponto.⁵⁰⁰ Como explica Geraige Neto, “não se trata da regra, mas de exceção, tanto que, sendo seu manejo possível e procedente, provavelmente a coisa julgada estava a acobertar algo totalmente antijurídico e inconcebível.”⁵⁰¹

Esses vícios são especificados nos incisos I a VIII do *caput* do art. 966. Não há uma homogeneidade na natureza e qualidade dessas hipóteses de cabimento, que vão desde a verificação de decisão prolatada mediante corrupção até o advento de prova nova. O mais amplo⁵⁰² desses incisos – e o único verdadeiramente associável à correção da interpretação jurídica realizada na decisão atacada⁵⁰³ – é o V, que prevê o cabimento da ação contra decisão de mérito transitada em julgado que “violiar manifestamente norma jurídica.”

⁵⁰⁰ Luís Eulálio de Bueno Vidigal ensina que a regra de intangibilidade da sentença transitada em julgado comporta exceções nos casos em que “a natureza do vício causador da injustiça é de tal ordem, que apresenta inconveniente maior do que o da instabilidade do julgado. Para esses casos, previu a nossa lei a exemplo de várias legislações contemporâneas e de outros tempos, o remédio especial da ação rescisória, pelo qual, em nova instância, pode ser rescindida sentença” (VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974. p. 5). Também Frederico Marques diz que: “embora excepcional esse juízo ulterior de novo exame da sentença transitada em julgado, - casos há em que ele se impõe para que se corrijam *errores in judicando* ou *in procedendo*, a fim de evitar-se a consumação de injustiças e erros sumamente iníquos, que da decisão resultariam, em detrimento do bem comum e do justo objetivo” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. vol. IV. p. 407-408).

⁵⁰¹ GERAIGE NETO, Zaiden. *Ação rescisória*. p. 14.

⁵⁰² “O direito positivo brasileiro prevê, expressamente, de forma bastante genérica e abrangente, caber ação rescisória se tiver havido infração a literal disposição de lei” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. p. 497).

⁵⁰³ O inciso V, ao lado do inciso VIII, tratam sobre erro de fato e são os únicos classificados por Sérgio Rizzi como vícios intrínsecos à decisão (RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 47). Porque concernem a problemas de interpretação da decisão. Entretanto, o erro de fato é hipótese mais restrita, associada à “decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado” (art. 966, §1º, CPC/15).

No CPC/73 a disposição previa a possibilidade de rescisão da decisão que violasse “literal disposição de lei” (art. 485, V, CPC/73). A substituição de termos corresponde ao que a doutrina há muito sustentava sobre a diferenciação entre texto e norma jurídica e como a “violação literal” não traduzia esta constatação.⁵⁰⁴ Também nesse sentido foi a alteração de “lei” para “norma jurídica”, que fortaleceu a distância entre texto legal e norma jurídica⁵⁰⁵, tornando fora de dúvida a possibilidade de rescisão de julgado que contrarie a interpretação dada à lei ou a outros tipos de atos normativos.⁵⁰⁶

Em acréscimo à disposição do inciso V, art. 988, também há o §5º, acrescentado pela Lei Federal 13.256/16:

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

A partir dessas disposições será analisada a aptidão do instituto para funcionar como instrumento de controle de aplicação de precedentes, a fim de solucionar situações de má aplicação de precedentes como descrito.

⁵⁰⁴ Nesse sentido, Ronaldo Cramer, em comentário à disposição do art. 485, V, CPC/73, já argumentava que “a expressão literal disposição de lei”, constante do inciso V, significa norma jurídica (regra ou princípio), explícita ou implícita, de direito material ou processual, de direito interno ou estrangeiro, pertencer a qualquer diploma legal e abranger vício de juízo ou de atividade” (CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*. p. 195). Vale o esclarecimento de que, segundo o autor, a possibilidade de utilização de lei estrangeira só tem lugar quando o direito de outro país incidir no caso.

⁵⁰⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. p. 468.

⁵⁰⁶ Rodrigo Barioni apontava, ainda quando a disposição previa violação à ‘lei’, que deveria ser interpretada extensivamente, “abrangendo qualquer espécie de ato normativo emanado por Poder Público” (BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. p. 102).

O art. 966, §5º, CPC/15, fala em decisão que “não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.”

O dispositivo refere-se à técnica de distinção utilizada para aplicação de precedentes, explorada no subitem 2.2 deste estudo. Como visto, a identificação ou rejeição de hipóteses de distinção em face do precedente são cruciais a fim de possibilitar a evolução do Direito discutido.

Por outro lado, a expressão “padrão decisório” é estranha à linguagem que o Código utiliza para outros dispositivos pertinentes à aplicação de precedentes. Dierle Nunes utiliza a expressão como sinônimo de precedente, e ao tratar da técnica de distinção ele explica que:

A cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de *common law*.⁵⁰⁷

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero associam o padrão decisório a *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) dos precedentes ou à decisão nos incidentes. Considerando esta premissa, a leitura do §5º, art. 966 torna-se mais direta. Como Ronaldo Cramer sintetiza, o dispositivo quer dizer que “é rescindível a decisão que aplicou precedente, sem ter feito corretamente a distinção entre o caso concreto e o caso do precedente.”⁵⁰⁸

Adotadas as premissas de que a violação à norma jurídica manifesta-se contrária à interpretação adotada pelo tribunal competente, a pergunta que deve ser feita é se esta disposição é de fato

⁵⁰⁷ Nesse sentido, ver: NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 189, p. 38, set. 2011.

⁵⁰⁸ CRAMER, Ronaldo. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. p. 1425.

imprescindível à utilização da rescisória em face do desrespeito a precedentes.

A norma jurídica é o texto interpretado, delineado pelo Judiciário para o julgamento de um caso concreto. Esta norma pode ser mal compreendida, tanto no sentido de atribuir-se o resultado do padrão decisório do precedente para um caso manifestamente diferente, quanto para o caso deste mesmo padrão decisório vir a ser afastado quando não o deveria ser.

Não é imprescindível, portanto, a disposição do §5º, art. 966, para concluir-se possível a discussão de precedentes em ação rescisória. O dispositivo mais enfatiza do que autoriza essa utilização.^{509 e 510}

O §5º, art. 966, CPC/15, menciona apenas enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de causas repetitivas, ignorando grande número de precedentes considerados vinculantes, como o são os julgamentos em controle concentrado de constitucionalidade, ou mesmo os julgamentos em repercussão geral.⁵¹¹ Dessa forma, caso haja a dependência nesse dispositivo para o controle de precedentes, boa parte da capacidade do STF conferir unidade ao Direito estaria comprometida, na medida em que as distinções em face dos fundamentos determinantes de julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

⁵⁰⁹ Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, nesse sentido, lembram que os §§ 5º e 6º do art. 966, foram inseridos quase um ano depois da publicação do Código e que “claramente enfatizam a possibilidade de ação rescisória em caso de decisão que se pauta equivocadamente em súmula ou precedente” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 926 a 975. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 406).

⁵¹⁰ Luiz Guilherme Marinoni, antes mesmo da aprovação do CPC/15, sustentava que: “a ação rescisória em face de decisão que negou norma jurídica expressa em precedente do STJ pode ser proposta com base na regra processual que diz caber ação rescisória contra violação de literal disposição de lei” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. p. 254).

⁵¹¹ Caso não se adote a construção de que as menções legislativas a recurso extraordinário repetitivo devem abranger qualquer julgamento pela sistemática da repercussão geral.

Além disso, o dispositivo parece remediar apenas o problema da má aplicação do precedente por falsa inclusão, onde a distinção apresentada é ignorada ou desconsiderada de maneira equivocada. Tão importante quanto a falsa inclusão é a falsa exclusão de aplicação do precedente, supondo, por exemplo, que a aplicabilidade de enunciado de súmula vinculante seja negada em face da constatação pelo magistrado de existência de diferença fática no caso.⁵¹² A possibilidade de correção desta situação é o exato oposto da equivocada aplicação de precedente e deveria igualmente ensejar a possibilidade de controle. Da mesma forma, o ato de ignorar o precedente vinculante ou de negar sua autoridade também não é referenciado.

Em conclusão, vê-se que o dispositivo compreende um quadro apenas parcial para possibilitar o controle da aplicabilidade de precedentes vinculantes, sendo insatisfatório para controlar os possíveis equívocos de aplicação em sua inteireza.⁵¹³

Mesmo que estas limitações interpretativas sejam superadas, seja pela interpretação extensiva do §5º, seja pela aplicabilidade direta e plena do inciso V, 966, CPC/15, para possibilitar o controle de precedentes em todas as suas modalidades, ainda assim o instrumento da ação rescisória não dispõe de envergadura para enfrentar o problema.

A vocação institucional da ação rescisória é justamente o “ataque à coisa julgada”⁵¹⁴, que protege e afeta ordinariamente apenas as partes envolvidas. É um instrumento voltado à correção de injustiças materiais tidas por especialmente absurdas a ponto de sobrepor-se à coisa julgada

⁵¹² Como apontam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidero: “O §5º alude a decisão que ‘não tenha considerado a existência de distinção’. Porém, é certo que a rescindibilidade também se apresenta viável quando se entende, de modo manifestamente equivocado, que o caso deveria ser regulado pelo precedente, decisão ou súmula” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 926 a 975. p. 407).

⁵¹³ Por essa razão, Ronaldo Cramer sustenta que “apesar de se referir apenas à súmula ou acórdão de julgamento de casos repetitivos, o § 5º deve ser compreendido como aplicável à decisão que emprega qualquer precedente [vinculante]” (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*. p. 175).

⁵¹⁴ “É o ataque à coisa julgada, no todo ou em parte, formada em qualquer grau de jurisdição, irrecorrível até extraordinariamente, embora pendente de execução, forçada ou voluntária” (COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. p. 14).

material.⁵¹⁵ O modelo presente desde a promulgação do CPC/73 foi mantido praticamente intocado para o CPC/15. Essa estabilidade cobra seu preço, quando se passa a pensar no instituto como meio de garantia de aplicabilidade de precedentes vinculantes.

A rescisória é bastante mais antiga que todas as modalidades de decisões vinculantes que agora se pretende tutelar com a disposição do art. 966, §5º, CPC/15. É anterior ao desenvolvimento pleno do controle concentrado de constitucionalidade, dos recursos extraordinários com repercussão geral, das súmulas vinculantes e de todo o microsistema de julgamentos repetitivos.

O regime jurídico da ação rescisória reflete a ausência de finalidade do instituto para promover a unidade do Direito.⁵¹⁶ Um exemplo é o dilatado prazo conferido para sua utilização. A ação rescisória poderá ser proposta no prazo de dois anos “contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo” (art. 975, CPC/15). Este prazo é identificado pela doutrina como o tempo para exercício do próprio direito da parte à rescisão da sentença, associado ao fenômeno da decadência e não da prescrição.⁵¹⁷

A razão de ser deste prazo decorre da própria função da ação rescisória enquanto meio a dirimir graves vícios associados a alguma

⁵¹⁵ Daí sua qualificação como meio de impugnação de caráter excepcional: “Remédio amargo e extremo, a ação rescisória é garantia constitucional de exceção, como meio de ataque à coisa julgada, viciada e imperfeita, a confirmar a regra de que, com essa ressalva, nem a lei pode prejudicar a coisa julgada” (MARTINS NETTO, Modestino. *Da ação rescisória cível e trabalhista*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhista S.A., 1978. p. 20).

⁵¹⁶ Nesse sentido, Coqueijo Costa reconhecia que “são acordes os doutores em que a rescisória fundada em violação de literal disposição de lei não tem a finalidade de manter a unidade do direito federal, nem uniformizar a jurisprudência dos tribunais tanto que não distingue direito federal de direitos locais e o texto de interpretação controversa nas Cortes não autoriza o aforamento da ação rescisória (Súmula 343, do STF)” (COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. p. 148-149).

⁵¹⁷ SANTOS, Ulderico Pires dos. *Teoria e prática da ação rescisória*. p. 12; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. p. 487-488; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 869; COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. p. 134-135; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. vol. IV. p. 418.

decisão transitada em julgado. A preocupação é com a injustiça do caso concreto. Por isso não há inconveniente no prazo dilatado. A decisão interessava às partes, e estas partes poderão discuti-la novamente.

O prazo de dois anos também se coaduna com a competência de julgamento do mesmo tribunal, supondo que haja tempo suficiente para fazer dar frutos a reflexão sobre o equívoco da decisão passada.

Esta compreensão é compatível com a observância do instituto enquanto mecanismo de resolução de disputas⁵¹⁸, em que a decisão interessa principalmente às partes e apenas indiretamente à comunidade jurídica.

No entanto, ao se trocar o ponto de vista, da resolução de disputas para a possibilidade de enriquecimento do Direito, vê-se que o prazo de dois anos passa a ter efeitos altamente deletérios.

Não há qualquer razão para um precedente mal aplicado permanecer hígido durante dois anos para só depois vir a ser alterado. Essa decisão, mesmo se for alterada, já terá embasado indeterminadas condutas dos particulares e do Poder Público.

O extenso prazo para propositura da ação funciona, portanto, contrariamente à manutenção da segurança jurídica, justamente um valor nuclear à doutrina dos precedentes. A própria ação rescisória é em si um exemplo de prevalência do valor justiça sobre a segurança jurídica, pontual e justificada diante dos graves defeitos existentes na decisão rescindenda.⁵¹⁹

Com isso não se quer dizer que, de *lege ferenda*, a ação rescisória deveria ter seu prazo alterado. Justo pelo contrário. O prazo de dois anos reflete a razão de ser do instituto e a nobre função por ele atendida no sistema processual. O problema não está no regime jurídico aplicável à rescisória, e sim em procurar emplacar uma funcionalidade estranha ao próprio instituto, em sua acepção mais nuclear.

É altamente contraproducente ter de aguardar o fim do processo, o trânsito em julgado da decisão final, para só depois discutir uma

⁵¹⁸ Ver subitem 1.1.3.

⁵¹⁹ “A rescisória tem por escopo fazer com que o interesse de justiça prevaleça sobre o interesse de segurança. Se a sentença, imutável embora, mostra-se tisonada por vícios fundamentais, justifica-se que o ordenamento jurídico preveja um remédio específico para repará-la” (COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. p. 11-16).

distinção mal feita.⁵²⁰ Vai contra a celeridade e economia processual que deve permear a atividade jurisdicional.

Da mesma forma, não se justifica que a parte tenha de ingressar com nova ação apenas para que sejam respeitados os precedentes pertinentes ao caso concreto, já judicializado. A ação rescisória é uma demanda que tem um natural alto custo, consubstanciado no depósito compulsório a ser realizado com o protocolo da inicial (conforme art. 968, II, CPC/15), e é uma afronta ao próprio acesso à justiça o condicionamento do ingresso com a rescisória apenas para que sejam avaliadas adequadamente distinções presentes no caso, ou mesmo a completa negação de autoridade vinculante do precedente.

Por fim, o principal motivo para a inadequação da rescisória para controle de precedentes decorre da atribuição da competência para o seu julgamento.

De acordo com a Constituição Federal, a ação rescisória será julgada pelo próprio tribunal que prolatou o acórdão rescindendo – STF (art. 102, I, ‘j’, CF⁵²¹), STJ (art. 105, I, ‘e’, CF⁵²²). Caso a decisão

⁵²⁰ Tal conclusão é rejeitada pelo Min. Luiz Fux quando consigna em decisões que “a inadmissibilidade de reclamação perante esta Corte com o fim de questionar a aplicação de precedente de repercussão geral não significa, por outro lado, que os tribunais inferiores poderão interpretar a Constituição Federal cada qual ao seu modo, em desrespeito à função precípua do Supremo Tribunal Federal, de guardião da Carta Política e intérprete derradeiro das suas normas. Deveras, tendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixado o sentido e o alcance de uma determinada norma jurídica à luz da Constituição Federal, não pode a instância a quo divergir do entendimento firmado, máxime em se tratando de decisão proferida no julgamento de questão dotada de repercussão geral. Consectariamente, a decisão de tribunal inferior que afronte tal paradigma, incide em *error in iudicando*, produzindo decisão passível de desconstituição por meio do ajuizamento de ação rescisória perante o tribunal de origem, a teor do art. 966, § 5º, do CPC/2015” (STF, decisão monocrática do rel. Min. Luiz Fux, Rcl 25890, Segunda Turma, julgado em 14/12/2016, DJe 15/12/2016).

⁵²¹ Constituição Federal, “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;”.

⁵²² Constituição Federal, “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...]e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;”.

atacada seja de juiz de 1º grau de jurisdição, caberá ao tribunal local respectivo o julgamento da ação – TRF (art. 108, I, ‘b’, CF⁵²³). Com relação aos tribunais de justiça, este modelo é repetido pelas Constituições Estaduais.⁵²⁴

Muito embora estas atribuições dependam do direito positivo⁵²⁵, Alexandre Freitas Câmara identifica uma regra geral segundo a qual cada tribunal deverá ser responsável pela rescisão dos seus julgados.⁵²⁶ Coqueijo Costa identifica nisso o princípio da “auto-rescisão das sentenças judiciais”^{527 e 528}.

Esta circunstância é um problema em todos os casos em que o precedente aplicado derivar de tribunal distinto daquele que ora o aplica, como sucede na aplicação de precedentes do STJ e STF pelos tribunais locais.

Com a utilização da rescisória, é o tribunal aplicador do precedente quem irá verificar a própria existência de violação desta

⁵²³ Constituição Federal, “Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: I - processar e julgar, originariamente: [...] b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;”

⁵²⁴ Como exemplos nesse sentido veja-se art. 83, XI, ‘e’, da CE de Santa Catarina; art. 101, VII, ‘e’, da CE do Paraná; art. 93, V, ‘e’, e VIII, ‘d’, da CE do Rio Grande do Sul.

⁵²⁵ Pontes de Miranda aponta que “não há princípio *a priori* que subordina a ação rescisória à competência do juiz superior, nem à competência do mesmo juiz. O princípio, se o queremos extrair, é o da *par maiorve potestas* (do juízo igual ou superior)” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 95). Por isso, trata-se de uma opção de direito positivo, tomada muito claramente no direito brasileiro.

⁵²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. p. 27-28.

⁵²⁷ COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. p. 11-16.

⁵²⁸ Modestino Martins Netto explica que, no período inicial do regime republicano brasileiro, “legisladores e justiça federais foram responsáveis por invasões na competência legislativa dos Estados-membros da Federação, a ponto de o Supremo Tribunal Federal ter assumido o *judicium rescindens* (juízo rescindente ou o que rescinde) e anulado julgado de justiça local. Esse estado de coisas cessaria com a jurisprudência, a fixar que a sentença só poderia ser rescindida na própria Justiça que a proferira, princípio que a Constituição de 1934 consagraria” (MARTINS NETTO, Modestino. *Da ação rescisória cível e trabalhista*. p. 38).

aplicação, tal como sucederia se o recurso extraordinário fosse julgado no mérito pela corte local.

Do julgamento da rescisória apenas são cabíveis os recursos excepcionais, os mesmos oponíveis em face do acórdão rescidendo antes de transitar em julgado. Isto é, após o julgamento da rescisória, a parte irá encontrar-se na mesma posição processual sustentada quando fora prolatado o acórdão de mérito objeto da rescisória, pois o recurso cabível apenas será o extraordinário ou especial.

Dessa forma, a utilização da ação rescisória não permite que as distinções à regra anunciada sejam avaliadas e consideradas pela corte que prolatou o precedente ora aplicado. Portanto, não há possibilidade de adequadamente estender ou restringir o âmbito de aplicação do precedente com base em distinções, pois não há oportunidade para que a corte superior proceda a tal cotejo. Sempre se retorna ao *status quo ante* de cabimento do recurso extraordinário ou especial.

A impugnação de precedente por rescisória desemboca em um *loop*, pois o órgão competente para julgamento nunca será aquele que poderá adequadamente evoluir o precedente, alavancando ou reduzindo sem campo de influência vinculante.

Nesse caso, o órgão prolator do precedente fica ‘blindado’ de qualquer reanálise de questões análogas ao julgamento já realizado.

Em um primeiro momento, isso pode parecer positivo, já que alivia a carga de trabalho a que os tribunais superiores (principalmente) estariam sujeitos. Tal direcionamento tem sido observado, sobretudo com relação aos julgamentos pela sistemática da repercussão geral, que o STF, mesmo antes da Lei Federal 13.256/16, já entendia impugnáveis apenas por agravo interno no tribunal de origem.

Contudo, é importante ter em mente que o julgamento das questões análogas ao precedente (avaliação de distinções) é parte integrante do manejo de precedentes. Sem isso, o precedente queda-se estático, desidratado e sua aplicação perde legitimidade no longo prazo. Como visto, o Poder Judiciário detém a legitimidade que a fundamentação de seus julgados lhe confere.

Supondo que determinada súmula (não vinculante) ou acórdão em julgamento repetitivo seja aplicado indistintamente para casos análogos – de maneira a rejeitar distinções, efetivamente estendendo o campo de influência do precedente, ao sabor da leitura que as cortes locais fazem das conclusões do precedente –, rapidamente estas razões estarão estendidas a uma indeterminação de casos análogos em diversas cortes do país, sem que haja poder de revisão destas conclusões por

parte do órgão constitucionalmente incumbido da interpretação última da constituição/lei federal.

Com a sucessão de casos concretos nos vários tribunais locais do país, sem a possibilidade de retorno à corte prolatora do precedente, a interpretação invariavelmente irá se dissipar. Cada tribunal local poderá fixar a sua própria interpretação acerca de acórdãos de julgamentos repetitivos a ponto de estabelecer um quadro particularizado de distinções que não poderá ser validado pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

Ainda em 1915, Pedro Lessa destacava a essencialidade do recurso extraordinário para evitar essa dispersão interpretativa:

[...] sua função no Brasil consiste em manter, não só a autoridade da Constituição e de algumas leis federaes, como a autoridade e consequentemente a unidade, do direito civil, commercial e penal, em todo o território da União. Para os Estados, apenas autonomos, a autoridade do direito substantivo, federal e portanto uno, é intangível; e o meio de fazer respeitar essa legislação material unitaria de toda a nação é o recurso extraordinario. Sem elle as justicas autonomas dos Estados poderiam ir pouco a pouco deixando de applicar disposições da Constituição e das leis da União, sem nenhum remédio judicial, sem nenhuma consequencia de ordem jurídica; pois, o próprio processo crime, que porventura se intentasse para cohibir a illegalidade, teria de ser sentenciado pelos tribunaes dos Estados, aos quais compete processar e julgar os seus juizes.⁵²⁹

A constatação do autor é assustadoramente atual: a falta de remédio judicial de acesso aos tribunais superiores apenas tenderá a que, pouco a pouco, haja dispersão das razões do precedente nos tribunais locais.

Em última análise, a própria identificação do momento adequado a superar um precedente estará comprometida. Se o órgão competente para atestar a derrocada na confiança de um precedente não tem

⁵²⁹ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciario*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 104.

oportunidade de avaliar a pertinência de suas distinções, o fenômeno da perda de consistência sistêmica também será de quase impossível identificação. Um precedente poderá ser aplicado de maneira inconsistente em diversos estados, sem que a Corte Suprema possa abraçar ou rejeitar essa perda de força no precedente.

Por isso, as consequências para o depósito de confiança no instituto da ação rescisória como meio de aplicação de precedentes são nefastas para o desenvolvimento do direito insculpido no precedente. O travamento da questão nos juízos hierarquicamente abaixo do prolator do precedente tenderão a torná-lo rapidamente anacrônico.

Essa situação apenas é contornada nos casos em que o acórdão rescindendo é proveniente da própria corte precedente. Aqui a rescisória pode pôr a corte de frente a seus próprios precedentes, a fim de avaliar a pertinência das distinções para alargar ou estreitar o precedente.

Aqui é inobjetoável que a corte, ao decidir o mérito do acórdão ora rescindendo, já teve a oportunidade de avaliar a pertinência das distinções e acabou por decidir de modo contrário à parte que agora propõe a ação rescisória. Esta condição motiva inclusive a conclusão de que não caberia rescisória nesses casos de coincidência entre corte prolatora e aplicadora do precedente.⁵³⁰ Crê-se, contudo, que a situação não pode ser considerada em absolutos. O raciocínio pode se aplicável para a mera reedição das alegações (de distinção) já previamente avaliadas e rejeitadas pela corte competente. Contudo, a corte prolatora do precedente está sujeita às mesmas vicissitudes que as demais, com relação à aplicação de seus julgados. Omissões na análise de distinções e desconsideração sumária de argumentos relevantes são exemplos de situações a motivar a reavaliação da correitude do acórdão objeto da rescisória.

⁵³⁰ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero explicam justamente que “não se pode pensar, para efeito de ação rescisória, em aplicação equivocada de precedente – ou mesmo de súmula ou de decisão de questão – quando se está diante do próprio órgão judicial que o criou. Tal forma de pensar é incabível quando se considera o órgão competente para rever o precedente, a súmula ou a decisão em recurso repetitivo ou o órgão do tribunal que pode rever a decisão proferida no incidente de assunção de competência ou no incidente de inconstitucionalidade. Ou melhor, obviamente não há como supor violação de precedente, súmula ou decisão quando a Corte Suprema e o tribunal estão em momento e em lugar adequados para poder afastá-los – ainda que não definitivamente” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 926 a 975. p. 408-409).

Por essas razões, a ação rescisória, apesar das tentativas provenientes da Lei Federal 13.256/16, não contempla características em seu regime jurídico que a tornem especialmente adequada ao controle da aplicabilidade de precedentes vinculantes.

3.4 UM COMPARATIVO ENTRE A RECLAMAÇÃO E A AÇÃO RESCISÓRIA ENQUANTO INSTRUMENTOS PARA GARANTIR APLICAÇÃO A PRECEDENTE

Com a finalidade de controlar precedentes, tanto a reclamação quanto a ação rescisória voltam-se contra decisões de quaisquer tribunais, ou mesmo de primeiro grau, cada uma com as restrições que lhe são aplicáveis.

Muito embora entenda-se aqui inconstitucional o alargamento de competência empreendido no CPC/15 ao instituto da reclamação, é preciso compreender também a possibilidade desta tese acabar vencida por qualquer dos argumentos que buscou-se combater no item próprio a respeito. Portanto, para inclusive dar longevidade a essa pesquisa, é importante também considerar o instituto da reclamação na forma como idealizada pelo legislador infraconstitucional.

Nesse caso, em comparação com a ação rescisória, a reclamação surge como um meio de impugnação paralelo ao sistema recursal voltado contra decisões judiciais não preclusas (veja-se o enunciado da Súmula 734 do STF⁵³¹ e o art. 988, §1º, I, CPC/15⁵³²). A rescisória, por outro lado, ataca justamente o provimento transitado em julgado, sobre o qual incidu a coisa julgada material. As duas ações sob esse ângulo são mutuamente excludentes.

Os dois institutos também se diferenciam claramente quando se observa o tempo e modo da impugnação.

A reclamação demanda impugnação mais célere, ou no prazo do recurso cabível ou na pendência do julgamento desse recurso, e atua verdadeiramente em paralelo ao sistema recursal por isso.

A ação rescisória, como é da praxe do seu regime jurídico, é cabível no prazo decadencial de 2 anos, contados desde o trânsito em julgado da última decisão no processo (art. 975). Esta dilatação de prazo

⁵³¹ STF, Tribunal Pleno, Súmula 734, aprovada em 26/11/03, DJ 09/12/03.

⁵³² Código de Processo Civil, Art. 988, “§ 5º É inadmissível a reclamação: I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;”.

tem consequências negativas à possibilidade da rescisória responder adequadamente à fluidez do manejo dos precedentes vinculantes. Não aproveita à segurança jurídica a manutenção por até dois anos de uma decisão que malverse precedente vinculante. A correção vem tarde e trabalha contra o valor da segurança jurídica, defendido pela própria racionalização dos precedentes.

A rescisória também padece do problema de não proporcionar a oxigenação do sistema por meio da chegada das questões de volta ao órgão prolator do precedente, que poderia apreciar a juridicidade da distinção empreendida (quanto ao padrão decisório), melhor delimitando o campo de influência do julgado.

Aqui a reclamação detém óbvia vantagem. É uma via de acesso à corte prolatora do precedente, para que seja avaliada distinção (feita ou não) e densificar os limites do campo de influência dos fundamentos determinantes da decisão vinculante. Por outro lado, as razões que a posicionam como adequada para fazer valer as razões sustentadas no precedente são também associadas à sua inconveniência para o mesmo fim.

A reclamação configura um salto direto ao tribunal prolator da decisão, que independe da fase processual ou grau de jurisdição. Ainda que o STF tenha disseminado a interpretação de que a reclamação não pode “funcionar como sucedâneo de recurso”, o sentido da jurisprudência é que a reclamação “não se presta a um controle revisional de constitucionalidade ou legalidade” da decisão reclamada.⁵³³ Dessa forma, a reclamação contra ato judicial não está sujeita à interposição de recurso concomitante⁵³⁴, e mesmo a

⁵³³ STF, Primeira Turma, Rcl 19132 AgR, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 30/06/2015, DJe 10/08/2015. Também nessa linha: STF, Tribunal Pleno, Rcl 11022 ED, rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 17/03/2011, DJe 06/04/2011; STF, Tribunal Pleno, Rcl 4803, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 02/06/2010, DJe 21/10/2010; STF, Tribunal Pleno, Rcl 9127 AgR, rel. Min. Carlos Britto, julgado em 23/06/2010, DJe 19/08/2010; STF, Tribunal Pleno, Rcl 6078 AgR, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 08/04/2010, DJe 29/04/2010.

⁵³⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. p. 272; TAKOI, Sérgio Massaru. *Reclamação constitucional*. p. 58-59. Nesse sentido também STF, Tribunal Pleno, Rcl 329, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 30/05/1990, DJ 29/06/1990: “A reclamação cabe contra decisões judiciais, quaisquer que sejam elas, se se alega que invadiram a competência ou desrespeitaram a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal. A

jurisprudência frequentemente ignora este entrave para julgar precedentes reclamações.⁵³⁵

Por isso, a reclamação é um instrumento que interrompe o que Evaristo Aragão Santos chama de “formação dinâmica do precedente”⁵³⁶, não permitindo que o precedente amadureça naturalmente com a sucessão de decisões de primeiro grau, tribunais intermediários e cortes superiores, sucessivamente.⁵³⁷

recorribilidade da decisão não ilide o cabimento da reclamação. Ainda, segundo me parece, que dela caiba recurso para o próprio STF: a cognição mais ampla que propicia a simplicidade do rito e a eficácia mais pronta, de que está dotada, tornam, de regra, a reclamação, um remédio insubstituível pelo recurso, particularmente, pelo recurso extraordinário, de âmbito restrito de admissibilidade, procedimento mais complexo e efeitos limitados e meramente devolutivos.”

⁵³⁵ STF, Tribunal Pleno, Rcl 2323, rel. Min. Eros Grau, julgado em 07/04/2005, DJ 20/05/2005; STF, Tribunal Pleno, Rcl 2817, rel. Min. Carlos Britto, julgado em 12/08/2009, DJe 22/10/2009; STF, Segunda Turma, Rcl 14872, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 31/05/2016, DJe 28/06/2016

⁵³⁶ Evaristo Aragão Santos descreve a dinâmica de formação do precedente como uma atividade contínua, que tem início no primeiro grau de jurisdição, passando pelos tribunais intermediários, a fim de alcançar a melhor decisão possível nos tribunais superiores. O autor resume a ideia no sentido de “estabelecer um círculo virtuoso com a colaboração de juízes e advogados em prol da operação cada vez mais harmônica, coerente, previsível, racional e, acima de tudo, ágil, do sistema jurídico. O primeiro grau de jurisdição já teria entre suas preocupações estabelecer homogeneidade e previsibilidade em seus pronunciamentos sobre uma mesma questão, no mesmo que o tribunal intermediário trabalharia no sentido de aplainar prováveis divergências, estabelecendo a pauta de conduta regional para dali em diante. Em um terceiro movimento, os tribunais superiores uniformizariam o entendimento para todo o país, exercendo sua função primordial de regência do sistema jurídico” (SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. p. 172-173).

⁵³⁷ Sobre a utilização da reclamação contra decisão que contrarie autoridade dos motivos determinantes das decisões dispostas no art. 988, III e IV, CPC/15, Hélio Ricardo Diniz Krebs afirma que “o uso da reclamação para esse fim, contudo, deve ser refutado, ao menos enquanto a teoria dos precedentes não alcança a maturação necessária por aqui. Caso contrário, corre-se o risco iminente de transformar este importante instituto em verdadeiro recurso per saltum, com a tendência de abarrotar ainda mais as Cortes Superiores,

A reclamação aborta esta dinâmica, encerrando o diálogo para aguardar-se manifestação direta da corte superior. O autor refere-se especificamente à “formação” do precedente, mas ao constatar-se que a formação do precedente é um processo contínuo de distinções e contradistinções tomadas quando o precedente é chamado à aplicação, vê-se que o raciocínio é totalmente transponível para a hipótese.

Por fim, outra diferenciação necessária entre o modo como a ação rescisória e a reclamação controlam a aplicação de precedentes é pela natureza da tutela jurisdicional entregue.

A procedência da reclamação implica cassação da decisão atacada. Essa providência decorre da lei, bem como do fato da reclamação surgir em paralelo ao processo e ser julgada por órgão que não terá competência para julgar a controvérsia que motivou o ato reclamado.⁵³⁸

A ação rescisória, em face de precedente, por outro lado, rescinde o julgado atacado para depois substituí-lo por outro, respeitando a aplicação do precedente. Para a aplicação do precedente, necessariamente são cumulados juízo rescindente (de desconstituição da decisão impugnada) e rescisório (de rejuízo da causa).⁵³⁹

Até aqui falou-se de meios de impugnação às decisões judiciais cuja natureza é de ações impugnativas autônomas, inaugurando sempre uma nova relação jurídica processual mesmo ao atacarem um provimento judicial determinado.

jogando fora todos os frutos que vêm sendo colhidos com as recentes técnicas de uniformização de jurisprudência” (KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 183).

⁵³⁸ Como explica Leonardo L. Morato: “No caso de reclamação proposta para garantir a autoridade de um julgado, a sentença que vier a ser proferida não reexaminará a matéria já decidida no julgado desacatado. Não o alterará, nem o substituirá. Nada tem, pois, a inovar a esse respeito. Seu objeto é decidir sobre o desacato, que, caso constatado, deverá ser repellido e, por conseguinte, ser determinado o cumprimento do julgado desacatado – e, se necessário for, imposto o cumprimento” (MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 236-237).

⁵³⁹ Sobretudo porque a alegação de má aplicação do precedente necessariamente impõe a necessidade de substituir-se a decisão dita equivocada por outra, que adote a interpretação compreendida como adequada.

Ainda assim, no próprio sistema recursal está a ferramenta mais poderosa para o manejo desses precedentes vinculantes, seja para estender suas razões a casos análogos fortalecendo-os, como para estabelecer distinções a caminho de sua superação: o próprio recurso especial/extraordinário por violação à normativa federal/constitucional, respectivamente.

Adiante serão exploradas as razões pelas quais esses institutos íntegros ao sistema recursal podem esquivar-se das limitações, tanto da reclamação constitucional quanto da ação rescisória, para adequadamente controlar a aplicação dos precedentes vinculantes conforme postos no CPC/15.

3.5 O RECURSO ESPECIAL POR VIOLAÇÃO ÀS REGRAS DO SISTEMA DE PRECEDENTES

3.5.1 Violação aos incisos V e VI do §1º do art. 489 c/c art. 927 do CPC/15

A Constituição Federal de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça e, com ele, o recurso especial. Trata-se de desdobramento das competências antes exercidas apenas por meio do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. A partir da introdução do recurso especial, o recurso extraordinário caberia apenas para discutir-se violação à Constituição, enquanto ao outro caberia a discussão de violações à legislação federal infraconstitucional⁵⁴⁰, por isso pode o recurso especial pode ser considerado, em última análise, uma variante do recurso extraordinário.⁵⁴¹

O recurso especial é o principal instrumento processual pelo qual o Superior Tribunal de Justiça exerce a interpretação da lei federal. Essa interpretação é dada em caráter de vértice em tudo que não conflite com

⁵⁴⁰ Como descreve: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. vol. V: arts. 476 a 565. p. 582-583.

⁵⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. p. 120.

interpretação direta de regras e princípios constitucionais realizada pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁴²

Partindo desse ponto, e considerando a enfática diferenciação entre o texto normativo (disposição de lei) e a norma jurídica (lei interpretada), é seguro dizer que a “violação à lei federal”, entendida como requisito de cabimento do recurso especial ao STJ⁵⁴³, não pode ser entendida como mera contrariedade literal ao *texto* da lei. A violação à lei é a violação a uma *interpretação dada a esta lei*, sobretudo pelo tribunal justamente responsável por conferir sentido e unidade ao direito federal infraconstitucional.⁵⁴⁴

Assim, pode-se sustentar inclusive a inadequação de falar em violação à lei, sendo mais preciso falar-se em violação à norma

⁵⁴² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. p. 92. No mesmo sentido Ricardo Alexandre da Silva aponta que “a função desempenhada pelo STJ conduz à necessária conclusão de que seus precedentes em matéria infraconstitucional devem ser atendidos até mesmo pelo STF quando a questão não envolver controle de constitucionalidade. Por outro lado, ao controlar a constitucionalidade, pode o STF, a quem cabe guarda precípua da Constituição, atribuir à norma federal infraconstitucional sentido diferente daquele conferido pelo STJ” (SILVA, Ricardo Alexandre da. O STJ como Corte Suprema em matéria infraconstitucional: defesa dos precedentes vinculantes. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). *Direito Jurisprudencial*. vol II. p. 1092).

⁵⁴³ A alínea ‘a’ do art. 105, III, da CF prevê o cabimento do recurso especial em face de decisão que “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. Atualmente entende-se que ambas decorrem sempre de uma violação ao direito federal, sendo despidendo distinguir gradações desta violação. Sobre o ponto, Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas ensinam que “para efeito de cabimento dos recursos especial e extraordinário, ofender o direito, contrariar-se o direito, negar vigência ao direito são hoje expressões equivalentes. Interpretar mal o texto de lei é contrariá-lo, é negar-lhe vigência, é ofendê-lo. Tanto faz o ‘grau’ de ofensa ao texto do direito positivo: da interpretação ‘obviamente’ incorreta à interpretação ‘possível’, pela qual, todavia, não optaram o STJ ou o STF, todas ensejam o cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário pela alínea a” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais Superiores no Direito brasileiro*. p. 333).

⁵⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. p. 114-115.

jurídica.⁵⁴⁵ Desta forma, uma violação a determinado dispositivo legal pode (e deve) manifestar-se mediante contrariedade ao que dispõem os precedentes judiciais pertinentes à sua aplicação no STJ.

Foi aqui estabelecido que o julgador é sujeito passivo de um dever jurídico de enfrentamento dos precedentes fundamentadamente trazidos pelas partes. Tanto para afastar a aplicação – o que apenas pode ocorrer por verificação de distinção ou superação do entendimento – quanto para conferir aplicabilidade ao precedente para solucionar questão jurídica apresentada. O desrespeito a este dever importa a nulidade da decisão por falta de fundamentação. A conjugação de disposições que permite estas conclusões é a explicitação do dever de fundamentação do art. 489, §1º, V e VI, CPC/15, cumulada à enunciação dos precedentes tidos por vinculantes nos incisos do art. 927, CPC/15. Estas disposições consubstanciam textos normativos de lei federal, cuja incidência é controlável mediante a utilização do recuso especial.⁵⁴⁶

A má aplicação de precedentes, nas acepções exploradas no item 3.1 deste estudo pode ensejar diferentes violações à normativa federal. Estas diferentes violações podem e devem ser remediadas mediante a interposição de recurso especial quando cabível da decisão em última instância. Nos subitens seguintes serão discutidas cada uma dessas hipóteses.⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ Tal como empreendeu-se com a reforma legislativa dos dispositivos referentes ao cabimento da ação rescisória, do art. 485, V, CPC/73 (“violar literal disposição de lei”) ao art. 966, V, CPC/15 (“violar manifestamente norma jurídica”).

⁵⁴⁶ Como o STJ tem reconhecido, ainda que negando provimento aos recursos: AgInt no REsp 1584831/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/06/2016, DJe 21/06/2016; EDcl no AgRg no REsp 1302132/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016; AgInt no AREsp 801.104/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/10/2016, DJe 13/10/2016; REsp 1622386/MT, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 25/10/2016; AgInt no REsp 1630265/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016

⁵⁴⁷ Importante pontuar que em MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. p. 173-190, o autor também desenvolve um diagnóstico assemelhado para o cabimento do recurso especial associado a precedentes. A diferença é que no estudo de Luiz Guilherme Marinoni o

3.5.1.1 Contrariedade à vinculatividade das razões do precedente

Primeiro se tem a negativa de autoridade das razões do precedente, ocorrida explicitamente ou implicitamente.

Havendo a negativa da vinculatividade do precedente, seja ela expressa (pelo direto discordar das razões do precedente) ou tácita (por omissão de análise da aplicabilidade do precedente fundamentadamente trazido pela parte), esta decisão incorrerá primariamente em duas violações distintas.

A primeira é a violação à norma de direito material ou processual discutida no caso concreto. Se há precedente vinculante cuja autoridade é desafiada, a interpretação entendida prevalente para a regra ou princípio jurídico a regular o caso não foi adotada pela decisão objeto do recurso. Esta é a lógica padrão de quaisquer recursos especiais que discutam violações à lei federal cujas questões de direito pertinentes já foram abordadas em outros julgamentos do STJ.

A segunda é a violação ao art. 489, §1º, VI, CPC/15 combinado ao inciso correspondente do art. 927, na medida em que a decisão deixou de seguir precedente, sem demonstrar distinção ou superação do entendimento, possuindo por isso fundamentação insuficiente e passível de reconhecimento de nulidade. Esta violação manifesta-se tanto quanto a decisão expressamente nega as razões do precedente, como quanto por omissão deixa de analisar a aplicabilidade do precedente.

Em um caso concreto em que se verifique a negativa de vigência ao precedente, o recurso especial pode fundar-se em ambas essas violações. São dois ângulos diferentes para observar o mesmo fenômeno.

A situação é comparável a dos recursos especiais com base nas alíneas 'b' e 'c' do art. 105, III, da CF, a que a doutrina compreende constituírem subdivisões da própria alínea 'a', pois ambas as situações (de ato do governo local ou dissídio jurisprudencial) remetem diretamente a uma violação à lei federal, uma vez que o fato do recorrente buscar a reforma da decisão recorrida necessariamente

problema é abordado exclusivamente sob o ângulo das violações às normas discutidas no precedente (direito material ou processual interpretado) e não às violações à vinculação de precedentes.

implicará a alegação de que a decisão interpretou erroneamente o direito federal.⁵⁴⁸

Ao dar-se provimento ao recurso em face da violação à regra de direito material ou processual aplicável, o STJ deverá substituir a decisão recorrida, reformando-a para que o caso concreto seja decidido de acordo com a interpretação conferida à lei federal.

Por outro lado, o reconhecimento da violação ao art. 489, §1º, VI, do CPC/15, implicaria a cassação da decisão em face da sua nulidade por falta de fundamentação.

Para o caso de negativa expressa à vinculatividade do precedente, via de regra, o STJ deve diretamente analisar o caso sob o ângulo da aplicabilidade da legislação federal processual ou material ao caso, sobretudo considerando que “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta” (art. 282, §2º, CPC/15).

Para o caso de negativa implícita, incide o art. 1.025, *caput*, CPC/15:

[...] consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Dessa forma, mesmo que o acórdão recorrido não aborde o precedente, o STJ está autorizado a proceder diretamente à reforma da decisão, aplicando o direito à espécie na forma do enunciado de súmula 456 do STF.^{549 e 550}

⁵⁴⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. p. 257; ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. p. 838-839; MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 107-108.

⁵⁴⁹ “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (STF, Tribunal Pleno, Súmula 456, aprovada em 01/10/64, DJ 08/10/64).

Pode-se traçar um paralelo com o provimento de recurso especiais na vigência do CPC/73 para, reconhecendo ocorrência de omissão no acórdão recorrido (art. 535, CPC/73), cassar a decisão na origem e determinar que os pontos suscitados sejam adequadamente enfrentados. Tal encaminhamento era dado com base no enunciado 211 da Súmula do STJ, que dizia “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição.” Por aplicação dessa súmula, entendia-se que a parte deveria suscitar a ocorrência de violação ao art. 535 em face da omissão do tribunal de origem em analisar o ponto. Esse recurso, quando provido, faria retornar os autos à origem para que nova decisão fosse tomada.

Por introdução do art. 1.025, CPC/15, este enunciado perdeu razão de ser, diante da contrariedade expressa do novo texto legal.

O art. 1.025 também importa em consequências para o reconhecimento de violação direta a precedente, já que determina o conhecimento direto da questão sob o ângulo de direito material ou processual violado, caso tenha havido a interposição de embargos declaratórios na origem.

Portanto, via de regra, cumulados os pedidos, deverá o tribunal *ad quem* diretamente conhecer da controvérsia sob o ângulo da violação do direito material ou processual concernente à questão de fundo. Todavia, é importante dizer que tal encaminhamento sempre dependerá do caso concreto. Por exemplo, pode ocorrer da omissão do órgão *a quo* impedir a plena compreensão da controvérsia, em face da falta de explicitação do quadro fático pertinente ou da pluralidade de fundamentos de defesa ou do pedido.⁵⁵¹ Se ficar obstado o

⁵⁵⁰ Como escreve Teresa Arruda Alvim Wambier: “como os tribunais superiores não são Cortes de Cassação, admitidos os recursos de estrito direito, haverá, de acordo com o que consta da Súmula 456 do STF, rejugamento da causa, respeitados os limites decorrentes da natureza dos recursos especial e extraordinário, que, como regra geral, impedem o reexame das provas constantes dos autos. Estes, pensamos, são efetivamente os limites a que se devem ater os tribunais superiores ao rejuglar a causa (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. p. 385).

⁵⁵¹ Em embargos de declaração no RE 346736, a Segunda Turma, decidiu que o “julgamento da causa” da Súmula 456, do STF, “consiste na apreciação de outros fundamentos que, invocados nas instâncias ordinárias, não compuseram o objeto do recurso extraordinário, mas que, “conhecido” o recurso (vale dizer, acolhido o fundamento constitucional nele invocado

prosseguimento do tribunal *ad quem* quanto às teses de fundo, deverá determinar, por isso, o retorno à origem para suprir a omissão quanto à análise e aplicabilidade do precedente vinculante.

3.5.1.2 Precedente que deva ser superado

O argumento da parte em recurso especial no sentido de que o precedente deve ser superado têm características especiais.

Primeiro que o não atendimento do pedido da parte pela corte *a quo* não pode ser considerado uma violação ao regime jurídico de vinculação formal, justamente pela razão de que não compete à corte de origem proceder à superação do precedente. Cabe ao tribunal de origem apenas formular distinções. A superação será realizada mediante julgamento da questão jurídica perante a corte prolatora do precedente, se for o caso.

Por isso, a argumentação da parte no sentido de que o precedente deva ser abandonado concerne apenas à violação das normas de direito material e processual pertinentes à lide. O argumento segue a lógica de que, muito embora a interpretação do STJ seja em um sentido, o entendimento já se encontra desgastado e deve ser superado, por isso há a violação à lei federal pertinente ao tema discutido.

Segundo que a parte, ao alegar a necessidade de superação de um precedente, tem de enfrentar um severo ônus argumentativo, a fim de demonstrar que o precedente em questão encontra-se desgastado “seja em virtude das novas proposições morais, políticas e de experiência,

pelo recorrente), passam a constituir matéria de apreciação inafastável, sob pena de não ficar completa a prestação jurisdicional. Nada impede que, em casos assim, o STF, ao invés de ele próprio desde logo “julgar a causa, aplicando o direito à espécie”, opte por remeter esse julgamento ao juízo recorrido, como frequentemente o faz. 4. No caso, a parte demandada invocou, em contestação, dois fundamentos aptos, cada um deles, a levar a um juízo de improcedência: (a) a inexistência do direito afirmado na inicial e (b) a prescrição da ação. Nas instâncias ordinárias, a improcedência foi reconhecida pelo primeiro fundamento, tornando desnecessário o exame do segundo. Todavia, em recurso extraordinário, o Tribunal afastou o fundamento adotado pelo acórdão recorrido, razão pela qual se impunha que, nos termos da Súmula 456, enfrentasse a questão prescricional, ou, pelo menos, que remetesse o respectivo exame ao tribunal recorrido” (STF, Segunda Turma, RE 346736 AgR-ED, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 04/06/2013, DJe 17/06/2013).

seja em decorrência da incompatibilidade das razões que vêm sendo adotadas pelas recentes decisões”.⁵⁵² Lembre-se que o ponto central aqui é ir exatamente contra o que diz o precedente vinculante.⁵⁵³

Se o STJ vier a acatar a argumentação, a consequência novamente só pode ser a reforma da decisão pelo provimento do recurso, isso se a corte não proceder à modulação dos efeitos da mudança de entendimento de forma diversa.⁵⁵⁴

3.5.1.3 Má aplicação por falsa inclusão no campo de influência do precedente

Aqui as razões do precedente são tidas como aplicáveis para solucionar questão jurídica a despeito de alegação da parte de que o caso concreto é substancialmente diferente.⁵⁵⁵

Nesse caso, novamente se repete a violação do direito material ou processual envolvido, pois a aplicação de precedente a uma situação fática substancialmente diferente consubstancia violação direta ao dispositivo federal pertinente, já que teve seu âmbito de incidência erroneamente estendido. Pense-se, por exemplo, na constatação da sujeição de determinada contratação ao regime da Lei de Licitações (Lei Federal 8.666/90), quando não o deveria ser porque a atividade é eminentemente privada. O enquadramento da contratação como pública viola a Lei de Licitação tanto quanto outros dispositivos de Direito Privado pertinentes.

Por outro lado, a violação às regras do regime jurídico dos precedentes, notadamente o art. 489, §1º, V, do CPC/15, apenas irá verificar-se caso o julgador se omita em exarar juízo acerca da distinção veiculada pela parte. Isso porque, como destacado ainda no item 2.3 do presente estudo, a violação ao regime dos precedentes e a consequente distorção do seu “campo de influência” apenas ocorrem se a distinção for ignorada pelo magistrado.

⁵⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. p. 178.

⁵⁵³ Sobre os pressupostos para essa superação ver especialmente o item 2.4 retro.

⁵⁵⁴ Como autorizado pelo art. 927, §3º, CPC/15 e explorado no item 2.4.

⁵⁵⁵ Luiz Guilherme Marinoni trata desta situação como de “decisão que se baseia em precedente não aplicável ao caso” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. p. 179-180).

Se a distinção for expressamente afastada, apenas haverá a regular evolução do precedente com a avaliação da pertinência de distinções. Por isso, apenas será cabível recurso especial por violação ao art. 489, §1º, V, CPC/15, no caso de falsa inclusão do caso no campo de influência do precedente se o magistrado deixar de fundamentar o afastamento da distinção suscitada.

3.5.1.4 Má aplicação por falsa exclusão do campo de influência do precedente

Quando há falsa exclusão do campo de influência, o precedente trazido pela parte é afastado mediante a identificação de distinção. No entender da parte recorrente, essa distinção seria irrelevante para fins de afastar a aplicabilidade do precedente.

Aqui a violação à legislação federal novamente restringe-se aos dispositivos de direito material ou processual que regulam a questão discutida. Isso, pela mesma razão explanada no subitem anterior, de que o juízo sobre a relevância de distinção para deixar de aplicar precedente é plenamente adequado a qualquer órgão do Poder Judiciário.

Não será abordada aqui a falsa exclusão tácita, porque esta equivale ao ato de ignorar o precedente trazido pela parte, situação já discutida no subitem 3.5.1.1 retro.

3.5.2 Adequação limitada do recurso especial

É claro que o conhecimento de todas essas questões em recurso especial também dependerá de outros requisitos, pois apenas a violação a precedente não torna cabível automaticamente o recurso especial. Deve-se preencher todos os demais requisitos de admissibilidade, notadamente haver *causa decidida*⁵⁵⁶ com relação a todos os assuntos tratados.

Não poderá a parte trazer precedente aplicável apenas em sede de recurso especial requerendo a cassação da decisão por falta de

⁵⁵⁶ Compreendida aqui na acepção de Pedro Miranda de Oliveira como atividade judicial de pronunciar-se sobre as questões federais ou constitucionais, em contraste ao “prequestionamento” como atividade das partes de previamente discutir a questão (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. p. 172).

fundamentação. Os precedentes devem ser objeto de discussão no processo, garantido o contraditório, para que as partes discutam distinções e o julgador possa responder adequadamente à questão.

As partes devem iniciar esse diálogo, fundamentadamente, justificando a razão de aplicação de determinado precedente ao caso concreto.⁵⁵⁷ Essa justificação passa pela identificação do precedente, delimitação dos seus fundamentos determinantes e o preciso porquê do caso concreto ser análogo ao dito precedente.

Se esta aplicação racional e motivada é esperada do julgador, ela deve começar com a atividade das partes.

Promovida esta discussão pelas partes, vê-se que a violação às regras atinentes à fundamentação de precedentes estará, via de regra, atrelada à violação ao art. 1.022, CPC/15⁵⁵⁸, na medida em que pressupõe omissão/falta de fundamentação por parte do julgador do tribunal *a quo* na análise de aplicabilidade dos precedentes fundamentadamente invocados pelas partes, inclusive por meio de embargos de declaração.

Preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, o recurso especial é o meio adequado para discutir todas as quatro hipóteses de violação ao regime dos precedentes.

⁵⁵⁷ Lucas Buril de Macêdo qualifica a invocação dos precedentes aplicáveis como um ônus das partes, que deverão identificar sua *ratio decidendi* e explicar o preciso por quê desses fundamentos serem aplicáveis ao seu caso (tal como se espera do julgador e foi explicado no item 2.2). Para o autor “caso a parte não realize a invocação do precedente conforme esse parâmetro mínimo, não se desincumbe do ônus argumentativo próprio do uso de precedentes. E qual a consequência disso? Ocorrendo uma invocação de precedente que não atenda aos requisitos mínimos, o juiz fica desobrigado a avaliar a argumentação da parte, bastando apontar o descumprimento do ônus de alegar típico da aplicação de precedentes” (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. p. 392).

⁵⁵⁸ Código de Processo Civil, “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: [...] II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; [...] Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.”

O recurso especial permite o controle da negativa de autoridade do precedente por meio da reforma da decisão que expressamente nega autoridade às razões do precedente ou a que ignora a existência do precedente vinculante.

As distinções também têm clara condição de serem avaliadas pelo STJ em recurso especial, o que possibilita inclusive que progressivamente possa ser verificada a amplitude do precedente vinculante. Com o passar do tempo, e de eventual elevada quantidade de distinções, pode-se adequadamente encontrar razão para superar o precedente, também em recurso especial.

Diferentemente da ação rescisória o recurso especial permite que a questão ascenda à corte prolatora do precedente, para que possa avaliar a pertinência de distinções.

Em comparação com a reclamação, também vê-se que a utilização do recurso especial permite que a questão chegue naturalmente ao tribunal superior, no curso do processo apenas se a questão for prequestionada e haja razão para o STJ analisar a pertinência da distinção ou a necessidade de aplicação do precedente. Também deve-se considerar o fato da reclamação não ser cabível para discussão das teses jurídicas subjacentes aos precedentes, como sustentado retro.

Muito embora haja todas essas vantagens no manejo do recurso especial para fins do controle de precedentes, há duas limitações importantes que devem ser ponderadas: a limitação do modelo de controle ao direito federal e a restrição ao acesso ao STJ tratando-se de recursos repetitivos.

Esse modelo apenas funciona se o precedente em questão tratar de direito federal. E mesmo nesse caso tem sua eficácia altamente restringida se tratar de precedente em recurso repetitivo.

3.5.2.1 O Superior Tribunal de Justiça e precedentes vinculantes de outros tribunais

As violações identificadas à sistemática do precedente são todas associadas à legislação federal pertinente, notadamente a conformação do dever de fundamentação das decisões judiciais no art. 489, §1º, V e VI, CPC/15, e enunciação dos precedentes tidos por vinculantes no art. 927, CPC/15. Juntamente a esta violação, também encontra-se, em todas as hipóteses discutidas, a violação de direito material ou processual da questão de fundo discutida na ação ou recurso.

Em tese, são violações independentes – a violação à norma de direito processual ou material de fundo e a violação à aplicação de precedente vinculante. Caso o precedente tido por vinculante seja proveniente de outros tribunais que não o STJ, a utilização do recurso especial encontra sérias e claras limitações.

Ao Superior Tribunal de Justiça é atribuída a incumbência de prover a interpretação última às normas de direito federal. Isso não quer dizer que lhe seja vedada a interpretação e consideração de normas constitucionais (sendo inclusive permitido que exerça limitadamente o controle difuso de constitucionalidade). A Constituição se aplica a todos os tribunais do país, e a circunstância do STJ julgar violações à lei federal não desautoriza que questões constitucionais sejam consideradas.

Contudo, essa consideração é obviamente limitada, considerando sobretudo as limitações do efeito devolutivo do próprio recurso especial.

As violações específicas às regras de vinculação de precedentes podem advir (1) da negativa expressa à autoridade vinculativa da decisão (onde diz o juiz discordar do precedente); (2) da negativa implícita (onde se omite o juiz em analisar a aplicabilidade do precedente); (3) da negativa implícita em analisar distinção relevante apresentada pela parte (onde o juiz ignora razão de distinção trazida pela parte).

Suponha-se tratar de precedente vinculante do STF, proveniente de ação em controle concentrado de constitucionalidade, o reconhecimento de que o acórdão recorrido tenha negado expressamente as razões da decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade demanda claramente a cognição da própria extensão do precedente do STF. Seus fundamentos determinantes e sua aptidão para abarcar a questão jurídica posta pela parte.

Também as negativas implícitas, decorrentes de omissão do julgado recorrido, deverão ser analisadas sob o ângulo da aplicabilidade do dito precedente vinculante, o que traz a discussão para o âmbito das normas constitucionais discutidas no referido precedente. Como intermédio para verificação da violação das regras de vinculatividade formal de precedentes, o STJ estaria analisando violações materiais à própria Constituição Federal.^{559 e 560}

⁵⁵⁹ Tal encaminhamento infringiria a distribuição de competências dos recursos excepcionais e seria também contrário ao próprio entendimento do STJ acerca da extensão de sua cognição em recurso especial no sentido de que “A pretendida análise de violação a dispositivo constitucional não encontra guarida, uma vez que a apreciação de suposta ofensa a preceitos

A problemática também existe em menor extensão, tratando-se de jurisprudência vinculante proveniente dos tribunais locais, em julgamentos de incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas ou de orientação do tribunal pleno ou órgão especial.

É, em tese, viável o reconhecimento de omissão no julgado recorrido, caso o próprio tribunal local ignore a aplicabilidade do seu precedente vinculante. Contudo, a eficácia do recurso especial aqui é deveras limitada, pois o reconhecimento deste vício de atividade do acórdão recorrido implicaria retorno à origem, e é sabido que no caso incidiria o art. 1.025, combinado ao 282, CPC/15, para autorizar que o próprio STJ julgue a questão jurídica de fundo.

constitucionais não é possível no âmbito desta Corte, nem à guisa de prequestionamento, porquanto matéria reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos dos arts. 102, III, e 105, III, da Carta Magna” (STJ, Corte Especial, AgRg nos EAg 1333055/SP, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 02/04/2014, DJe 24/04/2014).

⁵⁶⁰ Leonardo Castanho Mendes, em estudo acerca da possibilidade de exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso especial conclui que tal providência só é possível quando o tribunal der provimento a recurso especial interposto em face de acórdão “Problema grave ocorre, todavia, ainda na hipótese aventada no parágrafo anterior, quando a parte vencida só interponha o recurso especial, com a afirmação de que a lei tenha sido mal aplicada. O Superior Tribunal de Justiça que, em princípio, na espécie, conforme se tem defendido, não poderia examinar a questão da constitucionalidade do texto legal, limitar-se a verificar se este foi ou não bem aplicado. Concluindo que o tenha sido, nega provimento ao recurso especial e não há nenhum prejuízo para nenhuma das partes:[...] Ocorre que, nessa mesma hipótese tratada no parágrafo anterior, se o Superior Tribunal de Justiça conclui que a lei tenha sido mal aplicada ou não tenha sido mal aplicada ou não tenha sido simplesmente aplicada, deve dar provimento ao recurso especial. Aí é que surge um complicado problema. O recorrido (no recurso especial), que da decisão de segunda instância não poderia recorrer por falta de interesse, já que ela lhe havia sido inteiramente favorável, agora sucumbe diante do provimento do especial e teria, dessarte, neste momento, todo interesse em ver reconhecida a inconstitucionalidade da lei que o Superior Tribunal de Justiça, para prover o Especial, teve como violada” (MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. p. 225-227).

Como sustentado, caso tribunal local ignore a aplicabilidade de precedente vinculante do STJ levantado pela parte, caberá discutir em recurso especial tanto a violação à interpretação dita adequada sobre a questão de fundo quanto a violação à regra do art. 489, §1º, VI, CPC/15, que demanda o enfretamento do precedente pelo julgador sob pena de nulidade por falta de fundamentação. Cumulados os pedidos, a parte beneficiada pelo precedente aproveitará mais o reconhecimento material da violação. No entanto, ambos os ângulos são possíveis e independentes.

Caso este enunciado de súmula provenha, por outro lado, do Supremo Tribunal Federal, trata-se também de precedente vinculante. Nesse caso, haverá a possibilidade de impugnação da questão de fundo tendo em conta a contrariedade com a interpretação do STF. Mas para além disso, deve haver igual possibilidade de impugnação do acórdão que mal aplicar precedente sob o ângulo da fundamentação como preconizada e explicitada no CPC/15.

A constatação de que o dever formal de seguir precedentes é decorrente de legislação infraconstitucional (art. 489, §1º, V e VI e art. 927, CPC/15) não pode servir de subterfúgio para que o STF deixe de aplicar o regime jurídico de vinculação formal no que tange aos seus precedentes.

A vinculação formal de precedentes se faz sentir justamente quando obriga o julgador a enfrentar o precedente ou a aplicá-lo ao caso concreto, se não encontrar razão para diferenciação.

O dever de seguir precedentes deve contracenar ao direito da parte de exigir esta consideração. Se esta obrigação de seguir o precedente não puder ser garantida pelo STJ (justamente porque não pode imiscuir-se na análise de mérito sobre o valor do precedente do STF), deve ser diretamente atribuível ao tribunal prolator do precedente que se visa garantir.

Caso assim não seja, a vinculação formal de precedentes perderia eficácia no que tange a julgados provenientes de tribunais que não o STJ, pois a parte não poderia exigir o respeito a essa vinculação.

Também haveria o problema de se atribuir distintos níveis de exigência para o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, a depender do tribunal a que a análise do vício fosse submetida.

Não é sustentável que ao STJ seja exigível o respeito e enfrentamento de seus precedentes vinculantes e ao STF não, sendo que a lei não faz qualquer diferenciação de regime.

Ademais, é conhecido o histórico de controle da fundamentação das decisões judiciais exercido pelo STF, tanto em matéria penal quanto civil, incluindo o frequente julgamento de recursos extraordinários com essa razão de fundo e conseqüente remessa dos autos à corte de origem.⁵⁶¹

A violação às regras de vinculação de precedentes, como visto, é, em última análise, uma violação à fundamentação das decisões judiciais.

Tal hipótese não configura ofensa reflexa à Constituição, no sentido atribuído pela jurisprudência do STF a fim de restringir o cabimento de recursos extraordinários.⁵⁶² Ao STF cabe cumprir a lei como a qualquer outro tribunal da República, desde que não conflite com a Constituição. O dever de fundamentação conformado no CPC/15, assim, deve ser exigido e resguardado também pelo STF no que tange à vinculação formal aos seus precedentes.

Por isso, suscitada a aplicabilidade de enunciado de súmula do STF, se esta for aplicada ou inaplicada em qualquer das hipóteses de vinculação às regras de precedentes supradescritas, caberá a interposição de recurso extraordinário tanto em face da violação à norma

⁵⁶¹ Ver STF, Primeira Turma, RE 18863, rel. Min. Macedo Ludolf (convocado), julgado em 18/06/1951, DJ 30/08/1951; STF, Primeira Turma, RE 37471, rel. Min. Luiz Gallotti, julgado em 26/12/1957, DJ 10/04/1958; STF, Segunda Turma, RE 50381, rel. Min. Antonio Villas Boas, julgado em 28/08/1962, DJ 06/09/1962; STF, Segunda Turma, RE 456673, rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 31/03/2009, DJe 21/05/2009;

⁵⁶² Tal como explicitado em STF, Primeira Turma, RE 158314 ED, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/03/1993, DJ 16/04/1993: “Temas de direito processual, ordinariamente vinculados ao plano do direito federal comum - como os referentes aos pressupostos processuais e as condições da ação -, refogem ao domínio jurídico que a Carta Política reservou, com exclusividade, ao recurso extraordinário. O mero conflito indireto com o texto da Constituição não enseja a interposição de recurso extraordinário. A ofensa a preceito constitucional, para que viabilize o trânsito do recurso extraordinário, há de ser direta e frontal.” Nessa linha também ver STF, Segunda Turma, RE 220517 AgR, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 10/04/2001, DJ 10/08/2001 STF, Segunda Turma, AI 476879 AgR, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/03/2004, DJ 10/08/2006; bem como a Súmula 636 do STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.” (STF, Tribunal Pleno, Súmula 636, aprovada em 24/09/03, DJ 09/10/03.

constitucional interpretada no precedente da súmula quanto em face da violação ao dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF).

Dadas estas razões, é imperioso considerar que deve caber a cada tribunal resguardar a aplicabilidade dos seus próprios precedentes vinculantes.⁵⁶³

A constatação vale para tribunais locais em seus julgamentos de competência recursal, com as limitações decorrentes do art. 1.013, §3º, IV, CPC/15, que demanda o julgamento de mérito quando é decretada a nulidade da sentença por falta de fundamentação, desde que o processo esteja em condições de imediato julgamento.

3.5.2.2 Restrição à cognição de distinções pelo STJ diante do regime jurídico aplicável ao juízo de admissibilidade do recurso especial

O quadro descrito encontra uma grande limitação caso o precedente aplicável seja proveniente de julgamento de recurso especial repetitivo. Como visto no item 2.5.6 deste estudo, com a Lei Federal 13.256/16, retornou o Código ao modelo de admissibilidade bipartida dos recursos excepcionais. A nova normativa também bipartiu o próprio regime aplicável à admissibilidade, uma vez que instituiu recursos diferentes para a decisão de inadmissibilidade na origem, a depender se a decisão é baseada na aplicabilidade de precedente proveniente de caso repetitivo ou não. Caso o seja, caberá apenas agravo interno, para o próprio tribunal *a quo*.

Tal regime implica que, caso a corte *a quo* entenda aplicável julgamento em recurso especial repetitivo, a parte não possui meio hábil para, dentro do sistema recursal, trazer a questão ao STJ. E as consequências deletérias para a aplicação de precedentes vinculantes são evidentes.

Quaisquer hipóteses de falsa inclusão do precedente (quando a corte aplica o precedente repetitivo e a parte sustenta que o caso concreto é substancialmente diferente) não poderão ser valoradas pelo STJ, que é a corte responsável pelo precedente em questão.

⁵⁶³ Em qualquer caso aplica-se o art. 1.032 do CPC/15 para remeter o recurso ao tribunal competente a conhecer da violação ao direito constitucional ou infracionstitucional.

Aqui o recurso especial sofre das mesmas limitações descritas para a ação rescisória. Não há possibilidade da corte avaliar distinções para formular regras particulares em face de eventuais diferenças e novas questões jurídicas.

Eventual alegação de necessidade de superação do precedente também quedará completamente estéril. O STJ seria, por definição, o tribunal competente para conhecer desta alegação, mas a opinião da corte *a quo* pela aplicabilidade do entendimento exarado em julgamento de recurso repetitivo já fecha essa porta, ao condicionar o cabimento apenas de agravo interno.

Para as demais hipóteses de má aplicação de precedentes, mesmo o regime restritivo da Lei Federal 13.256/16 não traz consequências negativas para o controle dos precedentes em recursos repetitivos.

Caso haja contrariedade expressa à autoridade das razões do precedente em julgamento repetitivo, há acesso direto ao STJ. Isso porque a negativa expressa assumirá a forma de negativa ao juízo de retratação, que – como já ocorria com o regime do art. 543-C, do CPC/73 – autoriza o encaminhamento ao STJ para adequar a decisão ao padrão decisório. Interposto o recurso especial, o presidente ou vice-presidente do tribunal pode retornar os autos ao órgão fracionário competente para realização do juízo de retratação, se verificado conflito com entendimento exarado em julgamento repetitivo. Caso esta retratação seja negada, é autorizado o envio do recurso especial ao STJ (art. 1.030, V, ‘c’, CPC/15).

No caso desta negativa de autoridade ser implícita, e o tribunal tenha ignorado argumentação da parte no sentido da aplicabilidade de fundamentos determinantes de julgamento de recurso especial repetitivo, também há possibilidade legal de chegar-se ao STJ.

Para o exemplo em que o precedente em caso repetitivo foi ignorado para resolução do caso, pode-se concluir que a fundamentação baseou-se em outros elementos que não o julgamento repetitivo. Se isto ocorreu, caberá análise da admissibilidade do recurso especial na forma do inciso V, do art. 1.030, CPC/15, que autoriza a interposição de agravo ao STJ, se o julgar pela inadmissibilidade do recurso (art. 1.030, §1º, CPC/15).

Este mesmo raciocínio aplica-se para o caso de falsa exclusão de aplicação do precedente. Se houve falsa exclusão, quer-se dizer que o precedente – em caso repetitivo – não foi aplicado, a despeito de alegação da parte de tratar-se de caso ‘igual’. Se o precedente em caso repetitivo não foi aplicado, a admissibilidade do recurso especial dar-se-á também pelo inciso V do art. 1.030, CPC/15, o que, mais uma vez,

autoriza a interposição de agravo diretamente ao STJ (art. 1.030, §1º, CPC/15).

De uma forma ou de outra a questão pode alcançar o Superior Tribunal de Justiça pela interposição de recurso especial, possibilitando a plena garantia de aplicação do precedente nos casos de negativa à autoridade das razões do precedente ou de falsa exclusão.

Por outro lado, reflexões sobre a necessidade de superação do precedente, bem como as hipóteses de falsa inclusão não encontram caminho seguro ao STJ por meio do recurso especial.

A mais clara consequência desta dicotomia é que o precedente em julgamento de recurso especial repetitivo tem apenas condição de ter seu campo de influência ampliado pela sucessão de julgamentos de recursos especiais que discutam problemas de aplicação do precedente.

Isso porque as únicas discussões que podem aportar ao STJ são: (1) a negativa de autoridade do precedente, o que autoriza o STJ a forçar a aplicação vinculante ao caso; e (2) a falsa exclusão do precedente, o que autoriza o STJ a, caso venha a prover o recurso, expandir o raio de situações a que o precedente pode ser aplicado.

No primeiro caso, o campo de influência do precedente, em tese, permanece estanque, já que a situação já era conhecida e a corte *a quo* apenas negou-se a aplicar as razões do julgado vinculante.

No segundo caso, o provimento do recurso para reconhecer a “falsa exclusão” – por meio do descarte de distinção apresentada pelo *juízo a quo* – determina a aplicação das razões do precedente a caso que antes havia sido diferenciado. Como discutido nos itens 2.2 e 2.3, esse ato de desconsiderar distinções tem a consequência de ampliar o campo de influência do precedente, pois o torna mais abrangente.

É gerado, por isso, um desequilíbrio quanto às possibilidades de controle do precedente: distinções que tenderiam a restringir sua aplicabilidade não são analisadas, enquanto razões do *juízo a quo* para afastar o precedente serão alvo de constante escrutínio.

Se a questão foi incluída no campo de influência do precedente, não há como excluir; se, por outro lado, foi excluída, pode muito bem vir a ser inclusa. Esta métrica ocasiona um afunilamento da interpretação do precedente sempre no sentido de que mais situações sejam incluídas.

Por essas razões, o modo como o sistema recursal hoje está postado praticamente impossibilita discussões que levariam à superação do precedente, ao sufocar nas instâncias ordinárias as distinções que

poderiam restringir a aplicação do precedente e motivar uma reflexão mais apurada sobre as razões neles sustentadas.⁵⁶⁴

3.6 RESTRIÇÕES À ANÁLISE DE DISTINÇÕES E O CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO POR USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA AO STF E STJ PARA JULGAREM RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS

Todas essas constatações sobre a restrição de cognição de distinções e superação do precedente, quando se tratar de recurso especial repetitivo, encontram eco no recurso extraordinário para os casos de julgamentos de repercussão geral. Como visto, o art. 1.030, CPC/15, trata o recurso extraordinário da mesma maneira, atribuindo a mesma restrição de cabimento do agravo aos casos em que houver julgamento em repercussão geral ou regime de repetitivos.

Dessa forma, todos os problemas na formação e aplicação dos precedentes vinculantes contamina igualmente aqueles oriundos dos julgamentos do STF em repercussão geral.

O modo como o sistema recursal é hoje postado, sobretudo com a reforma da Lei Federal 13.256/16, é altamente nocivo à evolução da interpretação do Direito por meio de precedentes. Julgados dos tribunais superiores apenas tendem a ter seus efeitos estendidos e as reflexões sobre distinções relevantes a motivar solução jurídica diversa simplesmente não têm caminho seguro para chegar à corte precedente por meio dos recursos de estrito direito.

Os únicos momentos em que STF e STJ poderão, sem amarras, discutir distinções a precedentes, vão acabar sendo aqueles oriundos de competência originária (art. 102, I e 105, I, CF) ou recursal ordinária (art. 102, II e 105, II, CF). Tais momentos obviamente não são

⁵⁶⁴ Rodolfo de Carmargo Mancuso, acerca do julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos já reconhecia que “na medida em que no julgamento dos REs e RESps repetitivos STF e STJ exercem uma sorte de autocontenção, limitando-se a dirimir a questão central, de direito constitucional ou de direito federal comum, nessa ordem, em verdade tais Tribunais da Federação não exercem na plenitude sua jurisdição, ensejando o risco de julgamento parcial e criando dificuldades para os Tribunais de origem captarem a real extensão-compreensão do quê, afinal, restou julgado naquelas Cortes, com vistas à aplicação aos demais recursos sobrestados” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 526).

suficientes para adequadamente acomodar as discussões travadas em recurso especial repetitivo ou extraordinário com repercussão geral. Não há sentido sistêmico em depender do julgamento de uma ação penal originária, por exemplo, para rever entendimento equivocado ou pouco refletido tomado em recurso extraordinário com repercussão geral.

Lucas Buril de Macêdo aponta que o art. 1.030, CPC/15, aplicado em sua acepção mais literal é inconstitucional. Isso porque tal abordagem – de cabimento apenas do agravo interno em face da decisão que aplica precedente – privaria o exercício da competência constitucional de interpretar o direito constitucional e federal do STF e STJ. O autor sugere a atribuição de interpretação conforme ao dispositivo para que os recursos que discutam argumentos de distinção ou de superação não enfrentados no precedente sejam remetidos ao STF, porque consubstanciam questões jurídicas novas. Tal interpretação limita a negativa de seguimento do art. 1.030, I, CPC/15, aos casos de reedição dos mesmos fundamentos debatidos no precedente (o que nesta pesquisa é identificado com a direta contrariedade às razões determinantes do precedente). Certamente é um modo de solucionar o problema, mas o próprio autor aponta que melhor seria a alteração legislativa para contemplar expressamente estas ressalvas.⁵⁶⁵

Seria recomendável a adoção de reforma legislativa ordinária para ampliar o cabimento do agravo ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça nesses casos, garantindo que o argumento de distinção relevante tenha possibilidade de alcançar as Cortes Supremas, de forma semelhante à normativa revogada pela Lei Federal 13.256/16.⁵⁶⁶

⁵⁶⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. p. 432-437.

⁵⁶⁶ Código de Processo Civil, Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal que: [...] III - inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, § 8º, ou no art. 1.039, parágrafo único, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida. § 1º Sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa: [...] II - a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso: a) especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior; b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência

Um outro modo de aquilatar a questão poderá ser o uso da reclamação constitucional.

Sustentou-se aqui que as novas hipóteses de cabimento da reclamação no CPC/15 infringem o regime de distribuição de competências previsto na Constituição Federal para STF e STJ.

Contudo, a privação do STJ e STF de conhecimento das questões referentes à diferenciação de seus precedentes, em última análise, obstrui o próprio exercício da competência constitucional de interpretação última da lei federal e constitucional, o que viola a própria competência do tribunal, defensável mediante reclamação constitucional.⁵⁶⁷

Esta obstrução apenas pode ser verificada após a decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal de origem pela negativa de seguimento com base no art. 1.030, I, CPC/15.

O ato a usurpar a competência do STF há de ser o julgamento do agravo interno do §2º, art. 1.030, CPC/15, cujo desprovimento

de repercussão geral da questão constitucional discutida” (Revogado pela Lei Federal 13.256/16).

⁵⁶⁷ É longo o histórico de decisões do Supremo Tribunal Federal determinando a subida de agravos para que o tribunal possa se manifestar sobre a admissibilidade do recurso extraordinário, notadamente antes das restrições ao cabimento do agravo ao STF empreendidas por entendimento jurisprudencial (STF, AI 760358 QO, discutido no item 2.5.6) e agora legal com a nova sistemática da Lei Federal 13.256/16: STF, Tribunal Pleno, Rcl 50, rel. Min. Leitão De Abreu, julgado em 19/11/1975, DJ 20/02/1976; STF, Tribunal Pleno, Rcl 278, rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 15/03/1989, DJ 14/04/1989; STF, Tribunal Pleno, Rcl 438, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 26/08/1993, DJ 01/10/1993; STF, Tribunal Pleno, Rcl 459, rel. Min. Celso De Mello, julgado em 01/02/1994, DJ 08/04/1994; STF, Tribunal Pleno, Rcl 510, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 23/02/1995, DJ 05/05/1995; STF, Tribunal Pleno, Rcl 631, rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 03/04/1997, DJ 13/06/1997; STF, Tribunal Pleno, Rcl 708, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 21/06/2000, DJ 10/08/2000; STF, Tribunal Pleno, Rcl 1025, rel. Min. Celso De Mello, julgado em 03/10/2001, DJ 28/02/2003; STF, Primeira Turma, Rcl 634, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 30/10/2001, DJ 14/12/2001; STF, Primeira Turma, Rcl 1772, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 23/04/2002, DJ 02/08/2002; STF, Primeira Turma, Rcl 642, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 07/05/2002, DJ 21/06/2002; STF, Tribunal Pleno, Rcl 2453, rel. Min. Carlos Britto, julgado em 23/09/2004, DJ 11/02/2005; STF, Tribunal Pleno, Rcl 2826, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 13/09/2007, DJe 13/11/2007.

impossibilita o advento da questão ao STF. Na vigência do CPC/73, onde, em face da decisão que inadmitia recurso extraordinário cabia agravo para conhecimento do STF interposto no tribunal local, o cabimento da reclamação era condicionado à negativa de subida desse agravo.⁵⁶⁸

Por essa razão, da decisão que negar provimento a agravo interno interposto em face da decisão que negou seguimento ao recurso que discuta razões de distinção ou de necessidade de superação de precedente não enfrentadas pelo STF ou STJ, deve ser admitida a utilização da reclamação constitucional por usurpação da competência dos tribunais superiores de concretizarem o direito constitucional e federal infraconstitucional.

Desde o julgamento da questão de ordem em AI 760.358⁵⁶⁹, ainda sob a vigência do CPC/73, o STF reconheceu a inaptidão também da reclamação para questionar a aplicação de julgamento em repercussão geral pela corte de origem. Sob a vigência do CPC/15 o STF tem

⁵⁶⁸ Nesse sentido, o STF, ainda em 1992, decidiu pela imprescindibilidade de interposição do agravo de instrumento para contestar a decisão que inadmitiu recurso extraordinário (Tribunal Pleno, Rcl 391 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/06/1992, DJ 14/08/1992). Consta da ementa que: “Interposto o recurso, cumpre ao Juízo primeiro de admissibilidade proceder ao exame dos pressupostos de recorribilidade. [...] Este procedimento longe fica de implicar a usurpação da competência de qualquer dos Tribunais referidos. Frente a organicidade e a dinâmica que norteiam o Direito, especialmente o instrumental, a decisão que se mostre negativa ao processamento do recurso interposto desafia agravo de instrumento e não reclamação. [...] A tramitação menos célere do agravo e o fato de não encerrar, em si, a possibilidade de obtenção de liminar são inidôneos ao respaldo da alternativa quanto à via a ser trilhada. A medida excepcional da reclamação pressupõe a invasão de competência ou a inobservância da autoridade de provimento da Corte e nenhuma das duas hipóteses ocorre quando o Órgão reclamado atua no âmbito que lhe é reservado pela ordem jurídica em vigor. Ao Supremo Tribunal Federal não e dado assentar, pela vez primeira, o enquadramento, ou não, do extraordinário em um dos permissivos constitucionais. Descabe, assim, enveredar pela via dupla da interposição do agravo de instrumento e da apresentação da reclamação.” No mesmo sentido STF, Segunda Turma, AI 148591 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18/05/1993, DJ 20/08/1993.

⁵⁶⁹ STF, Tribunal Pleno, AI 760358 QO, rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), julgado em 19/11/2009, DJe 11/02/2010.

invocado, em decisões monocráticas, o inciso II do §5º, do art. 988, CPC/15, acrescentado pela Lei Federal 13.256/16, para inadmitir reclamações propostas em face de decisão colegiada que nega provimento ao agravo interno do art. 1.030, §1º, CPC/15.⁵⁷⁰

É determinante que esta linha de entendimento seja revista sob a égide do CPC/15 e da vigência da Lei Federal 13.256/16.⁵⁷¹

O cabimento da reclamação neste ponto trata-se de uma solução simples capaz de equilibrar o trato de precedentes sem necessidade de alteração legislativa, sobretudo tendo em conta a possibilidade de cada

⁵⁷⁰ STF, Decisão Monocrática, Rcl 23304, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 29/11/2016, DJe 01/12/2016; STF, Decisão Monocrática, Rcl 25920, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14/12/2016, DJe 15/12/2016; STF, Decisão Monocrática, Rcl 25890, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14/12/2016, DJe 15/12/2016. Em sentido contrário, ao menos indiretamente analisando o mérito da reclamação, ainda que concluindo pela negativa de seguimento da ação: STF, Decisão Monocrática, Rcl 25681 MC, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 21/11/2016, DJe 23/11/2016; STF, Decisão Monocrática, Rcl 25474, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/10/2016, DJe 26/10/2016.

⁵⁷¹ Em um dos poucos julgamentos colegiados até o momento, a Segunda Turma do STF, ao negar provimento a agravo regimental na Rcl 24323, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, consignou-se que: “o Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18.3.2016, previu expressamente a inadmissibilidade da reclamação nesses caso, na linha da jurisprudência anteriormente firmada por esta Corte, com a ressalva da possibilidade da propositura quando esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, do NCPC). Além disso, estabeleceu que o recurso cabível contra a aplicação da sistemática da repercussão geral pelo Tribunal de origem é o agravo interno (art. 1.030, § 2º). Assim, tendo em vista que, na espécie, ainda seria cabível a interposição de agravo interno contra a decisão reclamada para questionar a aplicação do paradigma ao caso concreto, inadmissível a reclamação” (STF, Segunda Turma, Rcl 24323 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/09/2016, DJe 18/10/2016). Ao menos é um início de reflexão com a possibilidade em tese de discutir o cabimento da reclamação caso esgotadas as vias ordinárias. Em decisão monocrática o Min. Celso de Mello também já referiu *obiter dicta* que “com o advento do novo estatuto processual civil (CPC/15), vigente e eficaz a partir de 18/03/2016, inclusive, passou-se a admitir o instituto da reclamação na hipótese em que o ato reclamado deixa de observar acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido em sede “de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida”, desde que esgotadas as instâncias meramente ordinárias (CPC/15, art. 988, § 5º, II, na redação dada pela Lei nº 13.256/2016)” (STF, Decisão Monocrática, Rcl 25092, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24/11/2016, DJe 29/11/2016).

tribunal superior exigir a aplicação dos seus próprios precedentes por meio do conhecimento de violações ao dever de fundamentação (art. 489, §1º, V e VI, CPC/15, no STJ; art. 93, IX, CF, no STF).

Dessa forma, todos os precedentes tidos por vinculantes pelo art. 927 encontram caminho seguro para controle de sua aplicação até os tribunais prolatadores dos precedentes.

Os fundamentos determinantes decorrentes dos julgamentos em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF (art. 927, I, CPC/15) podem ter sua aplicabilidade garantida e discutidas distinções e superação por meio do recurso extraordinário com agravo ao STF (art. 1.030, §2º, CPC/15) e limitadamente o uso da reclamação constitucional.⁵⁷²

Os enunciados de súmula vinculante (art. 927, II, CPC/15) podem ter sua aplicabilidade garantida pelo uso do recurso extraordinário ou diretamente por meio da reclamação constitucional (art. 103-A, §3º, CF). Discussões sobre falsa exclusão ou inclusão no âmbito de aplicabilidade da súmula também podem ser discutidas por esses meios. A revisão (superação) da súmula pode ser realizada por procedimento próprio da Lei Federal 11.417/06, mediante atuação dos legitimados (art. 3º) e indiretamente por iniciativa da própria parte reclamante, como explicado no item 3.2.3 do presente estudo.

Os fundamentos determinantes dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, provenientes de julgamentos dos tribunais locais e superiores podem ser garantidos por diversos meios. Para a jurisprudência vinculante dos tribunais locais, qualquer julgamento de competência originária e principalmente a competência recursal ordinária de julgamento de apelações cíveis ou criminais é oportunidade plenamente adequada para discutir-se a aplicabilidade dos seus próprios precedentes. Para os julgamentos de casos repetitivos dos tribunais superiores, há a possibilidade de discussão de vícios na aplicação do precedente por meio do recurso extraordinário ou especial, com o auxílio da reclamação constitucional por usurpação de competência nos casos de distinção relevante ou de necessidade de superação, conforme sustentado em que o CPC/15 apenas facultaria o uso do agravo interno (art. 1.030, § 2º, CPC/15).

⁵⁷² Ver subitens 1.3.1 e 3.2.3.

Por fim, os enunciados de súmula persuasiva do STF e STJ (art. 927, IV, CPC/15), bem como a orientação do plenário ou órgão especial dos tribunais (art. 927, V, CPC/15), podem vir a ter sua aplicabilidade garantida por qualquer meio do sistema recursal e, especialmente, novamente pelos recursos excepcionais para os enunciados de súmula dos tribunais superiores.

CONCLUSÃO

Podem ser sumarizadas as seguintes conclusões:

1 – Estar vinculado a um precedente é estar obrigado a adotar determinados raciocínios jurídicos, quando verificado que são aplicáveis ao caso concreto a ser julgado. Um julgamento que não respeita um precedente formalmente vinculante não pode ser considerado juridicamente correto.

2 – O CPC/15 institui hipóteses de vinculação a precedentes na medida em que regulamenta o dever de fundamentação das decisões judiciais considerando não fundamentadas – e portanto nulas – aquelas que deixarem de seguir precedente ou enunciado de súmula a não ser que seja identificada razão para distinguir o caso concreto ou seja verificada a superação do entendimento. As específicas decisões e procedimentos que incutem esta eficácia estão elencados nos incisos do art. 927, CPC/15, que determina observância obrigatória. Daí decorre o dever do julgador de enfrentar as razões do precedente fundamentadamente trazido pela parte.

3 – Este regime jurídico qualifica estas específicas decisões como precedentes, uma vez que se deve seguir o entendimento jurídico nelas exarado independentemente da avaliação da correteza das suas razões. Essa conclusão vale também para os enunciados de súmula, que não são propriamente precedentes, mas o direito positivo os trata como tal para fins da conformação do dever de fundamentação das decisões judiciais.

4 – Os raciocínios de observância obrigatória do precedente são apenas os seus fundamentos determinantes, os quais, via de regra, são anunciados pela corte que julgar o caso precedente ou, subsidiariamente, devem ser reconstruídos pelo julgador ao avaliar o caso concreto.

5 – O regime jurídico de vinculação do CPC/15 não é de nenhuma forma equivalente ao efeito vinculante das decisões tomadas em controle abstrato de constitucionalidade, nem à eficácia dos enunciados de súmula vinculante. Estes últimos obrigam tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário. O dever de enfrentar o precedente é direcionado apenas ao julgador, enquanto extensão do dever de fundamentação das decisões judiciais. Além disso, o efeito vinculante das decisões em controle abstrato de constitucionalidade é restrito ao dispositivo da decisão enquanto o regime do CPC/15 compreende os fundamentos determinantes da decisão.

6 – A aplicação de precedentes pode ser dividida em três etapas. Primeiro é necessário selecionar um precedente cuja hipótese inicial seja

a de aplicação para solucionar determinada questão jurídica. Em um segundo momento, devem ser fixados os fundamentos determinantes desse precedente. Por fim, através de raciocínio eminentemente analógico, se deve verificar se esses fundamentos são aplicáveis ao caso presente. Peculiaridades fáticas ou novas questões jurídicas podem justificar a não aplicação do precedente à solução da questão jurídica.

7 – O enfrentamento dessas questões novas – fáticas ou jurídicas – faz amadurecer o precedente, que, após, terá seu campo de aplicação aumentado ou diminuído, dependendo do quanto as diferenças identificadas forem consideradas determinantes ou não para justificar o afastamento de sua aplicação.

8 – Após demasiadas distinções, o precedente pode perder sua força, porquanto a identificação de uma alta quantidade de exceções pode vir a revelar que o conteúdo da decisão não está mais sendo aceito na comunidade jurídica. Nesse caso, a partir do momento em que o precedente substancialmente falhar em satisfazer os critérios da congruência social e da consistência sistêmica, ao mesmo tempo em que os valores de estabilidade do precedente (entendidos como isonomia, confiança justificada e da vedação da surpresa injusta) mais fundamentarem o seu abandono do que sua preservação, ele deve ser superado.

9 – Para além da força vinculante exercida pelo precedente no resultado final da demanda (sentença), os precedentes também autorizam abreviações de procedimento durante o trâmite do processo. Suas razões atuam como catalisadores, enquanto “aceleradores” do resultado final esperado do processo. Esta propriedade funciona tanto em favor do autor – procedência total – quanto contra ele – improcedência total –, a depender da posição dos fundamentos determinantes do precedente em relação ao direito postulado.

10 – O juízo sobre adequação de uma aplicação de precedente para resolver determinada questão jurídica é circunstancial, depende do ponto de vista do sujeito processual envolvido. Sob o ângulo da parte sucumbente em qualquer decisão judicial, o precedente pode ter sido mal aplicado de quatro maneiras diferentes: 1) o precedente pode ter sua autoridade negada pelo julgador, expressamente ou implicitamente (negado o caráter vinculante ou ignorada a decisão vinculante levantada pela parte); 2) o precedente deva ser superado mas mesmo assim foi aplicado; 3) ocorra uma falsa inclusão no campo de influência do precedente, onde o precedente é aplicado para solucionar determinada questão jurídica a despeito de distinção relevante suscitada pela parte; 4) ocorra uma falsa exclusão do campo de influência, onde um precedente

é afastado a despeito de alegação da parte de que o caso é substancialmente igual.

11 – Dado o caráter vinculante dos precedentes e o dever do julgador de enfrentar suas razões quando decidir o caso concreto, qualquer dessas hipóteses de malversação do precedente deve ensejar a possibilidade de correção mediante recurso ou outra forma de impugnação. A impossibilidade de exigir que o julgador adote um precedente vinculante é o mesmo que dizer que *não há precedentes vinculantes*, já que o momento em que essa vinculação será necessária é justamente quando o julgador discordar das razões do precedente. Afinal, ao menos em tese, se o juiz concorda com o precedente ele já aplicaria o entendimento nele encartado independentemente do dever de fazê-lo.

12 – Os equívocos de aplicação de precedentes consubstanciam hipóteses de vício de falta de fundamentação, bem como de má aplicação do direito interpretado, questões a consubstanciar, tanto *errores in procedendo*, quanto *errores in judicando*. Portanto, a aplicação de precedente vinculante compreende, em última análise, tanto a higidez formal da decisão quanto sua condição de justiça. Assim, não há meio de impugnação exclusivo para atacar decisão que mal aplica precedente. Considerando a função do intérprete na concretização do Direito, é bastante claro que a boa aplicação de precedentes se aproxima do próprio juízo de juridicidade. Dizer que uma decisão vai contra um precedente é dizer que esta decisão vai contra o Direito, conforme concretizado pelo tribunal competente. Dessa forma, qualquer meio de impugnação à decisão judicial que submeta o juízo de correteza de uma decisão judicial à apreciação (seja sob alegações de erro de atividade ou de erro de julgamento) pode ser manejado para fazer prevalecer o Direito, segundo posto em precedente vinculante.

13 – Ainda assim, dentre as ações impugnativas autônomas e recursos é possível identificar instrumentos processuais especialmente voltados para garantir a boa aplicação de precedentes. Essas especificidades são sentidas, sobretudo, nas hipóteses de cabimento dessas impugnações, associadas especialmente à aplicação de precedente, bem como no regime jurídico aplicável à decisão proveniente do seu julgamento de mérito. Sob essas premissas, é possível identificar no sistema processual brasileiro três principais meios de impugnação associados à boa aplicação de precedentes.

14 – Primeiro desses instrumentos é a reclamação constitucional prevista para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STF e STJ (art. 102, I, 'I' e 105, I, 'I', CF). Com a EC

45/04, foi introduzida a hipótese de reclamação para garantir a aplicação de enunciado de súmula vinculante (art. 103-A, CF). O CPC/15 estendeu as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional, o que é inconstitucional na medida em que atribuiu novas competências ao STF e STJ através de legislação ordinária quando deveria fazê-lo por emenda à Constituição.

15 – A utilização da reclamação constitucional para resolver problemas de aplicação de precedentes apenas encontra funcionalidade plena com relação aos enunciados de súmula vinculante, pois apenas aqui todas as quatro modalidades de equívocos de aplicação podem ser adequadamente controladas. Com relação aos demais precedentes há limitação à parte dispositiva da decisão cuja autoridade se reclama, o que torna a eficácia da reclamação bastante limitada. Além disso, por ser uma via direta ao tribunal superior, a reclamação não promove a formação dinâmica do precedente.

16 – Também foi analisada a ação rescisória por violação a padrão decisório (art. 966, V, §5º, CPC/15). A ação rescisória tem por objeto o ataque à decisão preclusa imutabilizada pela coisa julgada material. Está à disposição das partes para corrigir graves defeitos, especialmente relevantes a ponto de justificar a quebra da coisa julgada material. Sendo proposta tendo em conta distinção indevidamente não reconhecida (art. 966, §5º, CPC/15), a ação rescisória não permite que a avaliação da relevância das distinções chegue à corte superior. Isso porque a competência para julgamento dessa ação é sempre do mesmo tribunal em que a decisão rescindenda foi prolatada. Tal circunstância torna a ação rescisória incapaz de adequadamente promover a evolução do precedente. O amplo prazo para propositura da ação também é prejudicial à sua utilização como instrumento de controle da aplicabilidade de precedentes. A manutenção de decisão que aplica indevidamente um precedente, por longo período antes de sua revisão, vai contra a segurança jurídica.

17 – Por outro lado, dentro do sistema recursal, o recurso especial possui aptidão para controlar todas as quatro hipóteses de má aplicação de precedente, por meio do conhecimento tanto de violações aos arts. 489, §1º, V e VI c/c art. 927, CPC/15 quanto de violações ao direito federal infraconstitucional de fundo.

18 – Ainda assim, o recurso especial possui também consideráveis limitações. A primeira delas é a impossibilidade de controlar a aplicabilidade de precedentes de outros tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal, dada a manifesta falta de competência para, em recurso especial, analisar violações à normativa

constitucional. Por isso deve caber a cada um dos tribunais superiores controlar a aplicação dos seus precedentes, por meio do recurso especial ao STJ e recurso extraordinário ao STF.

19 – Ainda que as regras do art. 489, §1º, V e VI, CPC/15 consubstanciem direito federal infraconstitucional, não há como supor diferentes graus de exigibilidade de fundamentação a depender do tribunal a que a questão aporte. Por isso tanto STJ quanto STF devem controlar o respeito a seus precedentes por meio do conhecimento de violações ao dever de fundamentação (art. 489, §1º, V e VI, CPC/15, no STJ; art. 93, IX, CF, no STF), considerados os critérios da legislação infraconstitucional.

20 - Além disso, por conta do regime jurídico instituído com a Lei Federal 13.256/16, da decisão que inadmitte recurso especial interposto contra acórdão que aplica precedente de casos repetitivos apenas cabe agravo interno, no próprio tribunal *a quo*. Esta condição obsta por completo que possíveis distinções ao paradigma cheguem ao STF / STJ, bem como qualquer discussão acerca da necessidade de superar o precedente.

21 – A longo prazo, com a sucessão de casos concretos nos vários tribunais locais do país, a interpretação invariavelmente irá se dissipar. Cada tribunal local poderá fixar a sua própria interpretação acerca de acórdãos de julgamentos repetitivos a ponto de estabelecer um quadro particularizado de distinções que não poderá ser validado pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

22 – Seria recomendável a adoção de reforma legislativa ordinária para ampliar o cabimento do agravo ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça nesses casos, garantindo que o argumento de distinção relevante tenha possibilidade de chegar a estas cortes.

23 – Uma outra possível solução é a admissibilidade da reclamação constitucional para preservar a competência do STF ou STJ no caso de desprovimento do agravo interno (art. 1.030, §2º, CPC/15) pelo tribunal de origem, quando é alegada a existência de distinção relevante não enfrentada pelos tribunais superiores. O cabimento da reclamação neste ponto trata-se de uma solução simples capaz de equilibrar o trato de precedentes sem necessidade de alteração legislativa, sobretudo tendo em conta a possibilidade de cada tribunal superior exigir a aplicação dos seus próprios precedentes.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____; DE ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, v. 63, n. 1, 1989-1990. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/alexander-1989-constrained-precedent.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito, In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken de, *Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Manual dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Processo civil brasileiro, volume II, tomo 2*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da Língua Portuguesa*. vol. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Delta S.A., 1964.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, n. 3, jul./set. 2016.

BERMUDES, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England in four books*. v. 3. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1893.

BOUVERESSE, J. Linguagem ordinária e filosofia. In: SUMPF, J.; BOUVERESSE, J.; GRANGER, G. e GAUVIN, J. *Filosofia da linguagem*. Coimbra: Livraria Almedina, 1973.

BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, v. 221, jul. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____; PEDRON, Flávio Quinaud; TOLENTINO, Fernando Lage. Tutelas provisórias no CPC 1973 e no CPC 2015: o quanto o novo tem de inovador? *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 262, dez. 2016.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinicius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos

precedentes judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 260, out. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPELLA, Juan Ramon. *El derecho como lenguaje*. Barcelona: Ariel, 1968.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal*. vol. II - lits. proceso. - prueba. - sentencia. cosa juzgada. recursos. - estudios sobre el arbitraje. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa - América, 1952.

CARRIO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1972.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1986.

CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Precedentes judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Efeito vinculante e poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DAL MONTE, Douglas Anderson. *Reclamação no CPC/15*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

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

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. vol 2. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOTTI, Rogéria Fagundes. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo (Coords.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DUARTE, Francisco Carlos; GRANDINETTI, Adriana Monclaro. *Comentários à Emenda Constitucional 45/2004*. Curitiba: Juruá, 2006.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Direito eleitoral e reforma política: sugestões para reformas legais, jurisprudenciais e culturais à ótima concretização dos direitos fundamentais políticos de candidatura e de voto. *Revista Paraná Eleitoral*, v. 4, n. 2, 2015.

_____. Jurisdição constitucional estadual: notas para compreender a problemática no âmbito da federação brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – IBDC*, São Paulo, ano 12, n. 49, out./dez. 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

FREIRE, Alexandre; RAMOS NETO, Newton Pereira. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

GALIO, Morgana Henicka. *Overruling: a superação do precedente no direito brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GERAIGE NETO, Zaiden. *Ação rescisória: o lento caminhar do direito escrito, comparado às rápidas transformações das sociedades contemporâneas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, v. XL, n. 2, dez. 1930.

_____. The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, v. 22, n. 2, p. 121, mar. 1959.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRAY, John Chipman. *The nature and the sources of law*. New York: Columbia University Press, 1909.

HOGG, Peter W; BUSHELL, Allison. The charter dialogue between courts and legislatures: or perhaps the charters isn't such a bad thing after all. *Osgoode Hall Journal*, Toronto: Osgoode Law School, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

KNIFFEN, Margaret N. *Overruling supreme court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. In: Fordham Law Review, vol. 51, issue 1, article 2.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a ratio decidendi sem rediscuti-la. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 258, ago. 2016.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LAMOND, Grant. Precedent and analogy in legal reasoning. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Spring 2016 Edition. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Súmula vinculante: um desafio *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 120, jan. 2005.

_____; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A administração pública federal e os precedentes do STF. *Revista de Processo*, v. 214, dez. 2012.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, jul./set. 1981.

LENZA, Pedro. *Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>>. Acesso em: 14 jun. 2016;

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodvim, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 2ª ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

MAGADAN, Yuri Grossi. *Hipóteses de antecipação de tutela*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2009.

MAGALHÃES, Breno Baía. A trajetória da transcendência dos motivos determinantes: o fim da história? *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 205, jan./mar. 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Sistema brasileiro de precedentes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 926 a 975*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Antecipação de tutela*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *O STJ enquanto Corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Freddie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DE OLIVEIRA, Pedro Miranda (Orgs.). *Novas tendências do*

processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. vol. IV. Campinas: Millennium, 1999.

MARTINS NETTO, Modestino. *Da ação rescisória cível e trabalhista*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhista S.A., 1978.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. O julgamento liminar de improcedência do pedido: a previsão do CPC/2015 comparada à do CPC/1973. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 261, nov. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: inovação da emenda constitucional 3/93. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 1, n. 4, jul./set. 1993.

_____. *Controle de constitucionalidade - aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. O dismantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: *Teses, estudos e pareceres do processo civil*. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEURER JUNIOR, Ezair. *Súmula vinculante no CPC/15*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 216, p. 13-34, fev. 2013.

_____. *Agravo interno e agravo regimental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Novíssimo sistema recursal: conforme o CPC/2015*. Florianópolis: Conceito, 2015.

_____. *Novíssimo sistema recursal: conforme o CPC/2015*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed., tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes supremas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013;

_____. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, v. 206, p. 61-78, 2012.

_____. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 245, 2015.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MONTEIRO, Samuel. *Recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Hemus, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Oswaldo de. *A analogia no Direito Tributário brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1965.

MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia do Estado de Direito. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Comentários ao código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 263, jan. 2017.

_____. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 189, set. 2011.

OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. *American Bar Association Journal – ABAJ*, v. 14, 1928.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito Tributário e diálogo constitucional*. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

_____. Estado legislativo e correção legislativa da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 73, 2010.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública*. Salvador: Juspodivm, 2017.

PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PINHO, Humberto Dall Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Araguão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes vinculantes previsto no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 259, set. 2016.

QUEIROZ, Paulo Guilherme Gorski de. A amplitude objetiva do efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade perante o STF. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 73-74, jan./dez. 2011.

RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

ROQUE, André Vasconcellos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DE OLIVEIRA, Pedro Miranda (Orgs.). *Novas tendências do*

Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013.

ROSA, Sandro Luiz de Oliveira. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. Curitiba: Juruá, 2013.

ROSSI, Júlio César. *Precedentes à brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Teoria e prática da ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, 1986-1987.

_____. *Thinking like a lawyer*. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 2009.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SCOFIELD, Robert G. Goodhart's concessions: defending ratio decidendi from local positivism and legal realism in the first half of the twentieth century. *King's College Law Journal*, v. 16, 2005.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa S. A., 1973.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ovídio Baptista da. A função dos tribunais superiores. *GÊNESIS – Revista de direito processual civil*, v. 13, jul./set. 1999.

SILVA, Ricardo Alexandre da. O STJ como Corte suprema em matéria infraconstitucional: defesa dos precedentes vinculantes. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. (Coords.). *Direito Jurisprudencial*. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SINGH, Jagjit. *Ideas fundamentales sobre la teoría de la información, del lenguaje y de la cibernética*. Madrid: Alianza Editorial, 1972.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA, Artur César de. *Tutela provisória*. São Paulo: Almedina, 2016.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; ABOUD, Georges. *O que é isto - o sistema (sic) de precedentes no CPC?* 18/08/2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

TAKOI, Sérgio Massaru. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista Forense*, v.108, n.415, jan./jun. 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Guilherme Freire. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo (Coords.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 485 a 538. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

U.S. SUPREME COURT. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*. Boston: Little, Brown and Company, 1894.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: Juspodivm, 2013.

ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 927, do CPC/15. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *O valor vinculante dos precedentes*. Juspodivm: Salvador, 2015.