



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Curso de Especialização em Direito Processual Civil

LIGIA CASTRILLON DO CARMO MACHADO

**A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL NO
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO:
A RACIONALIZAÇÃO NORMATIVA E O INCREMENTO DA
RECLAMAÇÃO PELO CPC/2015**

São Paulo - SP

2021

LIGIA CASTRILLON DO CARMO MACHADO¹

**A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL NO
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO:
A RACIONALIZAÇÃO NORMATIVA E O INCREMENTO DA
RECLAMAÇÃO PELO CPC/2015**

**Tese apresentada à Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP, como exigência parcial para a
obtenção do título de ESPECIALISTA no
Programa de Educação Continuada PUC-SP
(COGEAE), sob a orientação do Prof. Dr.
Osmar Mendes Paixão Côrtes.**

São Paulo - SP

2021

¹ Advogada Inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB sob nº 22.602, Seccional Mato Grosso. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduanda em Direito Processual Civil pela PUC-SP. ligia.castrillon.machado@gmail.com.

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo evidenciar a racionalidade do sistema jurídico brasileiro sob o enfoque da efetividade da tutela jurisdicional, enfatizando o incremento substancial dado pelo Código de Processo Civil aos precedentes obrigatórios e à reclamação.

De origem no “civil law”, em que a fonte de direito consiste principalmente em lei e atos normativos, a convergência do ordenamento jurídico brasileiro com o “common law” vem provocando discussões doutrinárias sobre vantagens e desvantagens na resolução de conflitos com base em precedentes vinculantes e na “reclamação” como um instrumento eficaz de sua praticabilidade.

A renitência ao uso da reclamação é evidenciada nas Cortes Superiores, as quais vêm impondo limites excessivos ao seu conhecimento e cabimento, infligindo contradições e imprevisibilidades ao código de processo civil recentemente posto em vigor.

A tese adotou uma perspectiva favorável ao modelo baseado em precedente vinculante, expondo conceitos da doutrina *stare decisis*, que se revelam necessários à compreensão das conclusões alcançadas. Para demonstrar que os pontos positivos superam os negativos, serão analisadas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal com vistas a estabelecer critérios objetivos para efetiva utilização da reclamação perante as Cortes.

Palavras-chave: Racionalidade. Sistema Jurídico Brasileiro. Efetividade da Tutela Jurisdicional. Evolução e Valorização dos Precedentes pelo CPC/2015 (LGL\2015\1656). *Stare Decisis*. Incremento Substancial. Mudança de Paradigma. Objetivação. Microssistema de Litigiosidade Repetitiva. Reclamação como Instrumento de Controle. O Descompasso Evolutivo. Critérios Objetivos e Viabilidade da Reclamação.

ABSTRACT

This legal essay aims to emphasize the rationality of Brazilian Legal System from the effectiveness of jurisdictional protection perspective, highlighting the enhancement of binding precedent principle and “reclamação” laid down on the new code of civil procedure in force.

Originally affiliated to “civil law”, which rule mainly consist on law and normative acts, the convergence of Brazilian Legal System to “common law” has been provoking doctrinal discussion about advantages and disadvantages on conflict resolution based on binding precedents and “reclamação” as an effective instrument of its practicability.

However, the partial acceptance of binding precedent and its institutes is also questioned by Brazilian Courts, which are imposing excessive limits on “reclamação” cognizance, inflicting contradiction and unpredictability to new civil procedure code in force.

The thesis adopted a perspective in favor of the model based on binding precedent, exposing some basis concept of *stare decisis* doctrine necessary to understand the conclusions below. In order to demonstrate that the positives outweigh the negatives, jurisprudence from the Superior Court will be analyzed in order to establish objective criteria for its effective use in the Court.

Keywords: Rationality. Brazilian Legal System. Effectiveness of Jurisdictional Protection. Use and Enhancement of Binding Precedent on CPC/2015 (LGL\2015\1656). Stare Decisis. Substantial Increment. Mass Litigation Resolution Microsystem. “Reclamação” as an Effective Mean. Objective Criteria and Practicability.

Sumário

A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO:	0
A RACIONALIZAÇÃO NORMATIVA E O INCREMENTO DA RECLAMAÇÃO PELO CPC/2015	0
A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO:	1
A RACIONALIZAÇÃO NORMATIVA E O INCREMENTO DA RECLAMAÇÃO PELO CPC/2015	1
RESUMO.....	3
ABSTRACT.....	4
INTRODUÇÃO	6
1. A RACIONALIZAÇÃO NORMATIVA E O INCREMENTO DA TEORIA GERAL DE PRECEDENTES PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	8
1.1. JURISPRUDÊNCIA, SÚMULAS E PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	8
1.2. MUDANÇA DE PARADIGMA: O INCREMENTO À RESOLUÇÃO DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA.....	11
1.3. A INCONSISTÊNCIA NORMATIVA PELA LEITURA DOS ARTIGOS 982, 927, 966, 1.040 CPC/2015.....	17
1.3.1. A SUSPENSÃO NACIONAL DO PROCESSO EM IRDR NOS TERMOS DO ARTIGO 982, CPC/2015.	17
1.3.2. A TESE EM REPETITIVOS E O ENUNCIADO SUMULAR: O TRATAMENTO DADO PELOS ARTIGOS 1.040, 927, 932 e 966, CPC/2015.....	18
2. DA ESTRUTURA À FUNÇÃO: A SISTEMÁTICA DE REPETITIVOS SOB O ASPECTO FUNCIONAL 31	
3. O INCREMENTO DA RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE: CONTEXTUALIZAÇÃO E OPERACIONALIZAÇÃO DO INSTITUTO NO CPC.....	40
3.1. A CONCENTRAÇÃO DO MODELO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE: A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS E O SURGIMENTO DA RECLAMAÇÃO.....	40
3.2. OBJETIVAÇÃO, AUTORIDADE E EFICÁCIA TRANSCENDENTE DAS DECISÕES À LUZ DO <i>STARE DECISIS</i> : RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE.....	43
3.3. OS LIMITES OBJETIVOS AO EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO EM CONTROLE ABSTRATO	46
4. O DESCOMPASSO EVOLUTIVO: O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 36.476-SP (2018/0233708- 8) - STJ.	52
5. O USO DA RECLAMAÇÃO DE FORMA CONVERGENTE À RACIONALIZAÇÃO NORMATIVA: CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA INSTRUMENTALIZAÇÃO.....	56
5.1 VINCULATIVIDADE, FUNDAMENTAÇÃO E RECORRIBILIDADE DA DECISÃO.	56
5.2. NATUREZA DA RECLAMAÇÃO: SUCEDÂNEO DE RECURSO, SUCEDÂNEO DE RESCISÓRIA E VEDAÇÃO <i>PER SALTUM</i>	58
6. CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62
ANEXOS	64
ANEXO I - RECLAMAÇÃO 5.082-DF, AgR . DJ 4/5/2007 - STF.....	64
ANEXO II - RECLAMAÇÃO 36.476-SP (2018/0233708-8) - STJ.....	64

INTRODUÇÃO

A efetividade da jurisdição vem prevista na Constituição Federal nos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º e deve ser interpretada como dever e missão do Estado em continuamente prover meios adequados à eliminação de conflito social de forma satisfativa e justa², resguardando, desta forma, o direito material tutelado e a confiabilidade no sistema jurídico.

O legislador brasileiro, alinhado ao escopo de pacificação social do direito moderno, trouxe alterações substanciais na edição do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656), valorando, nos termos da exposição de motivos publicada pelo Senado Federal, a funcionalidade da norma processual com vistas a imprimir de forma pragmática maior grau de eficiência, coesão e organicidade ao sistema procedimental brasileiro³.

A complexidade instrumental se põe na contramão da efetividade e confiabilidade do sistema jurídico; sendo assim, a elaboração do Código de Processo Civil orientou-se pela simplificação e racionalização do procedimento em prol da primazia do mérito, resgatando-se os preceitos constitucionais da efetividade da jurisdição - fim colimado da norma processual.

A racionalização da prestação jurisdicional materializada pelo legislador revela um norte, ou ainda, uma mudança de paradigma na qual se privilegia a formação de microssistemas com objetivo imediato de diminuir o volume de processos submetidos à jurisdição (morosidade endêmica) e, em último caso, resguardar de forma crescente a função das Cortes Superiores como órgão de cúpula (*judicial review*)⁴.

Esta percepção quanto à necessidade de aperfeiçoamento da teoria geral dos precedentes não é mera imposição legislativa desconectada da realidade jurisdicional, mas

² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil I, 9ª Edição, Malheiros, 2017.

³ “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), acessível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>

⁴ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar. NATUREZA E EFEITOS DA DECISÃO EM RECURSO REPETITIVO: UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAR A OBSERVÂNCIA À TESE FIRMADA NA DECISÃO PARADIGMA. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 7/2018 | | Revista de Processo | vol. 273/2017 | p. 403 - 452 | Nov / 2017 DTR\2017\6552.

fruto também da construção jurisprudencial da Corte Suprema em prol da segurança jurídica, igualdade e eficiência jurisdicional.⁵

O sistema de precedentes desenvolvido pelo Código de Processo Civil à luz da Constituição e o incremento normativo às demandas repetitivas, têm tratamento sistemático pelo legislador e sua expansividade será devidamente tratada neste artigo.

A Reclamação como instrumento de controle e efetividade do *stare decisis*, no entanto, encontra - desde muito - óbices e limitações nas cortes superiores⁶, ainda que o Código de Processo Civil tenha dado a mesma carga evolutiva à ferramenta colocada à disposição do jurisdicionado.

Esse descompasso evolutivo entre precedentes obrigatórios, sobretudo em repetitivos, e o uso da Reclamação ficou evidente no julgamento da Reclamação nº 36.476 - SP (2018/0233708-8) pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, ao fixar a tese, por maioria de votos, de que as modificações trazidas pela Lei 13.256/2016 ao artigo 988, CPC, revela, senão, a intenção legislativa em pôr fim à Reclamação dirigida ao STJ e ao Supremo Tribunal Federal (STF) para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas.

Os fundamentos determinantes do julgado serão trabalhados ao longo deste trabalho científico com a finalidade de discutir os potenciais riscos da decisão ao desenvolvimento do *stare decisis*, propondo-se, ao final, um envolvimento doutrinário amplo capaz de viabilizar o uso da reclamação pelo jurisdicionado de forma convergente à racionalização normativa, privilegiando-se o incremento da teoria geral dos precedentes e da Reclamação pela Lei nº 13.105/2015.

⁵ Neste sentido é a manifestação do Min. Teori Zavascki, quando afirmou que “o direito pátrio estaria em evolução, voltada a um sistema de valorização dos precedentes emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribuiria, com crescente intensidade, força persuasiva e expansiva. Demonstrou que o Brasil acompanharia movimento semelhante ao de outros países nos quais adotado o sistema da civil law, que se aproximariam, paulatinamente, de uma cultura do *stare decisis*, própria do sistema da common law. Sublinhou a existência de diversas previsões normativas que, ao longo do tempo, confeririam eficácia ampliada para além das fronteiras da causa em julgamento” (STF, Rcl 4.335/AC, Tribunal Pleno, j. 20.03.2014, rel. Min. Gilmar Mendes, publicado no informativo 739).

⁶ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar. A RECLAMAÇÃO NO NOVO CPC - FIM DAS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES AO CABIMENTO?. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 7/2018 || Revista de Processo | vol. 244/2015 | p. 347 - 358 | Jun / 2015 DTR\2015\9711

1. A RACIONALIZAÇÃO NORMATIVA E O INCREMENTO DA TEORIA GERAL DE PRECEDENTES PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

1. 1. JURISPRUDÊNCIA, SÚMULAS E PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O Código de Processo Civil, ante a necessidade de simplificação e racionalização da norma procedimental em prol da efetividade da jurisdição, instaura um sistema de precedentes cuja expansividade se extrai da análise conjunta dos diversos dispositivos a seguir analisados.

O artigo 926, caput, CPC/2015 (LGL\2015\1656) prenuncia o *stare decisis* ao impor aos tribunais o dever de manter a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, evidenciando, deste modo, o papel institucional das cortes em prover padrões decisórios que possam assegurar o tratamento isonômico aos jurisdicionados e, conseqüentemente, garantir maior previsibilidade e confiabilidade ao sistema jurídico.

“Stare decisis” ou “stare decisis et non quieta movere” é entendida como “doutrina do precedente” e pode ser definida como o dever dos tribunais em observar as decisões judiciais anteriores quando nelas se prenunciam padrões aplicáveis a casos futuros⁷.

O artigo 926, CPC/2015 (LGL\2015\1656) dispõe ainda, nos parágrafos, o dever dos tribunais em editar súmulas (extratos), que, diferentemente das súmulas vinculantes previstas constitucionalmente, têm sua regulamentação relegada aos regimentos internos dos tribunais (art. 926, § 1.º). E prescreve em seguida que o enunciado das súmulas deve ater-se às circunstâncias fáticas que motivaram sua criação (art. 926, § 2.º).

A vinculatividade aos juízes, tribunais e cortes superiores é legitimada pela lei e pela observância de **pressupostos**⁸, quais sejam: ampliação do contraditório e a democratização, isto é, representatividade e pluralidade na formação daquele que assumirá “carga normativa” quando aplicável a situações futuras, desde que observada sua limitação fática.

⁷PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar; Recursos Repetitivos, Súmula Vinculante e Coisa Julgada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, páginas 98 a 107.

⁸A autora aborda o conceito de “carga normativa” da decisão judicial e suas consequências, estabelecendo sua origem e relação no *common law*. Aborda também a importação do modelo pelos países do civil law e sua intersecção. Ao tratar da “importação” do conceito em si e do próprio *stare decisis* estabelece relações causais, que, em essência, não altera o que a autora denomina: “consequências inexoráveis da carga normativa das decisões judiciais”. ARRUDA ALVIM, Teresa: CARGA NORMATIVA DAS DECISÕES DO JUIZ E SUAS CONSEQUÊNCIAS INEXORÁVEIS, Revista dos Tribunais | vol. 1000/2019 | p. 465 - 489 | Fev / 2019 DTR\2019\23663.

O artigo 927, CPC/2015 (LGL\2015\1656) elenca nas hipóteses dos incisos: orientações de órgão especial ou plenário, súmulas ordinárias, súmula vinculante e precedente judicial. A vinculatividade, portanto, não se extrai do referido dispositivo, mas de outros que serão oportunamente analisados.

As súmulas vinculantes constitucionalmente previstas têm procedimento específico e a vinculatividade expressamente prevista no art. 103 - A, CF/88, tem seus efeitos estendidos à Administração Pública Direta e Indireta em todas as esferas de poder.

Para além da matéria, diferem-se as súmulas ordinárias do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (art. 927, IV, CPC/2015) pela repercussão geral em que a matéria constitucional é tratada pelo STF em sua jurisprudência dominante, requisito intrínseco na admissibilidade do Recurso Extraordinário introduzido pela EC/45.

Sendo assim, jurisprudência dominante com repercussão geral, requisito do Recurso Extraordinário, tem maior expansividade ou “transcendência” que a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

As súmulas do STJ - não qualificáveis pela sistemática de repetitivo - têm a legitimidade equiparada às súmulas dos tribunais, separada em matéria. Terá maior legitimidade, no entanto, se observado o art. 927, § § 2.º e 4.º CPC/2015 (efetividade).

Compreendendo-se a dinâmica na formação do precedente, temos que na aplicação das súmulas e precedentes, o magistrado deverá explicitar suas razões em observância ao dever de motivação das decisões judiciais que dispõe o artigo 489, CPC/15 (LGL\2015\1656)⁹.

É, senão, o modo pelo o qual o precedente se aperfeiçoa no *stare decisis*, na medida em que a motivação garante maior amplitude ao contraditório. Ao mesmo tempo, é a motivação que assegura efetividade à aplicação de jurisprudência dominante ou precedente de menor grau de força no caso concreto, aperfeiçoando-os no contexto de “carga normativa das decisões judiciais”¹⁰.

⁹ O artigo 489, CPC/2015 (LGL\2015\1656) esmiúça o dever de fundamentação das decisões judiciais, garantia constitucional (art. 93, X, CF/88) e, ao mesmo tempo, um instrumento de controle da jurisdição, afastando-se o arbítrio e inferências incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

¹⁰ A indefinição ou elemento surpresa na estrutura dialética dos conflitos é fator de instabilidade social na medida em que aprisiona uma insatisfação pessoal no indivíduo (litigiosidade contida), devendo a dinâmica processual

Desse dinamismo, podemos extrair que a vinculatividade do precedente se constrói, por onde se deduz o necessário respeito aos precedentes.

O art. 489, § 1º, V, CPC/2015 (LGL\2015\1656) estabelece regra geral na invocação de precedentes, em que o juiz deverá identificar os fundamentos determinantes e os fatos subjacentes estabelecendo a correlação fática e jurídica entre paradigma e caso concreto.

Ao observar as súmulas deverá: estabelecendo a identidade fática, aplicar a lei de acordo com a interpretação dada pelo tribunal a que se vincula em prol da coerência e estabilidade.

São precedentes obrigatórios (*binding precedents*) nos termos da lei: (i) *as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2.º, CF/88)*; (ii) *os acórdãos em incidente de assunção de competência (art. 947, § 3.º, CPC/2015)*; (iv) *os acórdãos proferidos no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 985 do CPC/2015)*; e (iii) *os acórdãos prolatados no julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1.040, CPC/2015)*.

A correta observância à dinâmica na formação e desenvolvimento dos precedentes preserva a efetividade na jurisdição. Seus reflexos são distribuídos de forma sistemática no CPC/2015 (LGL\2015\1656) com vistas a alcançar um resultado de ordem prática: ganho de celeridade efetiva, expandindo-se, deste modo, as vias para a obtenção de justiça substancial.

Quanto aos reflexos, passa-se à análise.

O artigo 332, CPC/2015 (LGL\2015\1656) trata da possibilidade¹¹ de improcedência liminar do pedido contrário a precedentes obrigatórios em sentido estrito, independentemente da citação do réu, quando o processo prescindir de instrução probatória.¹²

O artigo 311, II, CPC/2015 (LGL\2015\1656) trata da tutela de evidência que poderá ser concedida liminarmente se a pretensão estiver embasada em prova documentada

evoluir no sentido de ampliar o grau de previsibilidade e transparência quanto aos riscos envolvidos e direitos assegurados. (WATANABE, Kazuo, apud DINAMARCO op. cit. p.).

¹¹ Breves Comentários. Em razão dos incisos I e IV, que tratam das súmulas, não dotadas da vinculatividade estrita dos precedentes ou da súmula vinculante constitucionalmente prevista, pondera-se a abertura do contraditório.

¹² As hipóteses elencadas nos incisos decorrem de um ajustamento dado pelo CPC/2015 ao diploma anterior. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, coord. ARRUDA ALVIM, Teresa. Revista dos Tribunais.

suficientemente robusta e a pretensão fundada em: (i) *tese firmada em julgamento repetitivo pelo STF, STJ ou fixado em IRDR*; e (ii) *súmula vinculante*.

Da análise conjunta do art. 1.013, § 5º e art. 1.012, § 1, V, todos do CPC/2015 (LGL\2015\1656), é possível concluir que, a tutela de urgência (evidência) concedida ou confirmada na sentença tem o condão de retirar o efeito suspensivo *ope legis* do recurso autorizando eficácia imediata da sentença¹³.

O artigo 521, IV, CPC/2015 (LGL\2015\1656) estabelece a possibilidade de dispensa de caução em cumprimento provisório de sentença. O artigo 496, § 4.º, CPC/2015 (LGL\2015\1656) dispensa a remessa necessária quando a sentença estiver em concordância com precedentes obrigatórios ou súmula administrativa do ente público que se submete.

Evidente que o incremento normativo ao sistema de precedentes está alinhado à intenção legislativa de assegurar maior grau de eficiência, coesão e organicidade ao sistema procedimental brasileiro.

A correta observância à sistemática de precedentes assegura efetividade à tutela jurisdicional; seus reflexos, também efetivos, imprimem celeridade procedimental imediata inclusive na atividade satisfativa.

1. 2. MUDANÇA DE PARADIGMA: O INCREMENTO À RESOLUÇÃO DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA

Insere no contexto de uniformização da jurisprudência e consecução da justiça substancial, a Lei 11.672/2008 instaura um modelo procedimental no qual privilegia-se a formação de teses pelas Cortes Superiores, as quais deverão ser observadas e aplicadas pelos órgãos vinculados; extraindo-se, desse modo, o subjetivismo das decisões em prol de um julgamento objetivo, isonômico, imparcial e efetivo (objetivação)¹⁴.

¹³ Se modificada ou cassada a tutela de urgência concedida em sentença nos termos do § 4, a leitura do art. 1.012, § 3, analisado conjuntamente ao 299, CPC/2015 permite o restabelecimento na instância superior. (Enunciado 39 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal).

¹⁴ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar: NATUREZA E EFEITOS DA DECISÃO EM RECURSO REPETITIVO: UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAR A OBSERVÂNCIA À TESE FIRMADA NA DECISÃO PARADIGMA, Revista de Processo | vol. 273/2017 | p. 403 - 452 | Nov / 2017. DTR\2017\6552.

Trata-se da sistemática de repetitivos, que, alinhada à teoria geral de precedentes, recebeu importante incremento pelo CPC/2015 (LGL\2015\1656) ao prever, juntamente ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, verdadeiro mecanismo de contingenciamento e resolução de litigiosidade seriada¹⁵.

Quanto ao IRDR, o art. 979, CPC/2015 assegura amplitude ao procedimento e os parágrafos previsibilidade, servindo também ao propósito de garantir coerência na aplicação. A previsibilidade e a coerência pretendidas aplicam-se - na forma prevista - aos recursos repetitivos e à repercussão geral.

O artigo 976, CPC/2015 estabelece requisitos qualitativos e quantitativos para a sua instauração, que, cumpridos simultaneamente, deverá ser instaurado ponderando-se o risco de quebra da isonomia e ofensa à segurança jurídica, finalidade da norma.

A instauração poderá ser feita de ofício pelo juiz, a pedido das partes, do Ministério Público ou Defensoria e o pedido deverá ser dirigido ao presidente do Tribunal, que remeterá ao colegiado, nos termos 978 CPC/2015. Preenchido os requisitos, o relator irá determinar a suspensão de todos os processos que versem sobre idêntica questão jurídica controvertida, observada a competência territorial.

A suspensão dos processos tem fundamento na própria sistemática de precedentes, na medida em que jurisprudência conflitante compromete a isonomia e segurança jurídica, finalidade da norma¹⁶.

Nesse sentido, argumentos sobre a morosidade da justiça quanto aos efeitos da suspensão devem ser balizados, inclusive porque, o CPC/2015, ao privilegiar as parciais de mérito, possibilita a suspensão parcial¹⁷.

É nesse sentido o Enunciado 205 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

“havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e §3.º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas”

¹⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro: O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Revista de Processo | vol. 243/2015 | p. 283-331 | Maio / 2015 DTR\2015\7913.

¹⁶ WAMBIER, Teresa (coord). Breves Comentários ao Novo CPC, 2015, Revista dos Tribunais.

¹⁷ WAMBIER, Teresa (coord). op. cit. 2015

No mais, o CPC/2015 excepciona o sobrestamento ao prever a possibilidade de concessão de tutela de urgência a ser requerida ao juízo perante o qual tramita o processo. Possibilita, ainda, o prosseguimento do feito pela distinção, também requerida ao juízo competente. A negativa enseja agravo de instrumento nos termos do art. 1037 §§ 9 e 13, I, CPC/2015, aplicado por analogia.¹⁸

A possibilidade de extensão do efeito suspensivo para todo o território nacional é tratada nos art. 982, §§ 3 e 4, CPC/2015 e art. 1.029, § 4, CPC/2015; a amplitude do contraditório no art. 983, CPC/2015; e a recorribilidade nos artigos 966 e 138, §3, CPC/2015.

O CPC/2015 (LGL\2015\1656) consagra, ainda, o *amicus curiae* como modalidade especial interventiva, com a finalidade imediata de levar ao conhecimento do juiz questões subjacentes à lide não suscitadas pelas partes, mas essencial à resolução da questão controvertida¹⁹.

Sobre o interesse institucional ensina Cássio Scarpinella Bueno²⁰:

“ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo e que, por isso mesmo, é um interesse metaindividual, típico de uma sociedade pluralista e democrática, que é titularizado por grupos ou segmentos sociais mais ou menos bem definidos”.

Preenchidos os pressupostos, do julgamento do incidente evidencia-se a carga normativa da decisão que terá observância obrigatória limitada à competência territorial nos termos do art. 985, CPC/2015, devendo a tese ser aplicada aos casos sobrestados e casos futuros que versem idêntica questão jurídica sob pena de reclamação.

No julgamento do Incidente de Resolução Repetitiva, há o que a doutrina denomina cisão cognitiva. Isto, pois, ainda que se pressuponha a existência de um recurso-piloto no respectivo tribunal, o órgão colegiado competente para apreciar o incidente decidirá o mérito

¹⁸ WAMBIER, Teresa (coord). op. cit. 2015

¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. “AMICUS CURIAE: Uma Homenagem a Athos Gusmão Carneiro”, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. op cit., 2010

do incidente e não do recurso que embasa a sua instauração, sendo este último julgado pelo relator prevento²¹.

Do julgamento de mérito do incidente caberá Recurso Extraordinário (repercussão geral presumida) e Recurso Especial nos termos do art. 987, CPC/2015, mantida a suspensão dos processos porquanto perdurar o julgamento pela Corte.

Nesse sentido, o legislador por um lado cria verdadeiro “mecanismo de contingenciamento” (IRDR); por outro, possibilita ao jurisdicionado obter um pronunciamento das Cortes Superiores na via recursal em repetitivos.

Dessa dinâmica reforça-se a mudança de paradigma, do subjetivo ao objetivo, confirmando-se a tendência de as Cortes assumirem papéis formadores e uniformizadores das teses, exercendo sua função nomofilática de forma mais pura e eficaz²².

O CPC/2015 ao instaurar e aperfeiçoar um modelo de resolução de litigiosidade de massa, insere no âmbito da tutela jurisdicional plurindividual, possibilita às Cortes maior eficácia quanto ao papel de preservar a ordem jurídica (função nomofilática), ao mesmo tempo em que assegura maior eficiência ao exercício da função de órgão de cúpula (*judicial review*)²³.

O IRDR, revelando-se verdadeiro mecanismo de contingenciamento, permite o exercício desta função nomofilática de forma mais eficiente, aclarando e integrando o sistema normativo e, ao mesmo tempo, mitigando o risco de ativismo judicial²⁴.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a sistemática de Recursos Repetitivos guardam paralelismo nos termos do art. 928, CPC/2015, destinando-se ambos à resolução de litigiosidade de massa.

²¹ **Enunciado n. 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:** 344. (art. 978, parágrafo único[85]) A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal. Diferentemente dos repetitivos, o recurso-piloto é, após a fixação da tese, julgado pelas Cortes Superiores, por onde se extrai a vinculatividade da *ratio decidendi*, ou ainda, por onde se extrai a carga normativa da decisão judicial.

²² PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar: RECURSOS REPETITIVOS, SÚMULA VINCULANTE E COISA JULGADA, 2018, p. 274-276.

²³ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar, op. cit. p.274-276

²⁴ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar: A OBJETIVAÇÃO DO PROCESSO E O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DO PÓS-POSITIVISMO, REVISTA REPRO RT 251, 2016.

No entanto, tal paralelismo é dinâmico, considerando-se que cumpre a Corte Superior analisar em recurso especial ou extraordinário a adequação do mérito do incidente. Reforça a ideia de paralelismo dinâmico o art. 976, § 4.o, do CPC/2015, que dispõe:

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.

Nesse sentido, as decisões em IRDR são vinculantes limitadas à territorialidade sob pena de reclamação nos termos dos art. 985, § 1, e art. 988, IV, CPC/2015. As decisões em recursos repetitivos - também vinculantes - têm a reclamação prevista no art. 988, § 5º, CPC/2015, desde que esgotada as vias ordinárias. Alinha-se, portanto, à ideia de preservação da função das Cortes como órgão de cúpula no papel de formar, uniformizar e pacificar teses aplicáveis em âmbito nacional.

A sistemática em repetitivos vem regulamentada nos artigos 1.036 e seguintes do CPC/2015. Havendo multiplicidade de recursos sobre idêntica questão controvertida, o Tribunal *a quo* selecionará dois recursos que tratam da matéria e encaminhará à Corte para afetação. Delimitada a questão controvertida, o relator determinará a suspensão nacional dos processos, nos termos do art. 1.037, II, CPC/2015.

A decisão de afetação delimita o objeto que será apreciado pelo órgão colegiado no momento do julgamento. O julgamento, no entanto, não se limita à decisão de afetação (objetivação), ficando o Tribunal autorizado a apreciar questões relacionadas à tese que possam ser essencial à correta compreensão da questão controvertida.²⁵

A profundidade e alcance da tese são evidenciados no julgamento, razão pela qual se fala em objetivação a partir da decisão de afetação. Nesse sentido, a essencialidade dos fundamentos para a compreensão da tese compõe a *ratio decidendi*. Do julgamento extrai-se a carga normativa da decisão (vinculatividade), ao mesmo tempo, sua expansividade²⁵.

A decisão em repetitivos não são precedentes em sentido estrito porque a vinculatividade não está relacionada a uma construção histórica pautada na declaração

²⁵PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar: RECURSOS PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES, 4 ed, 2017, p. 158-159.

reiterada de direitos de origem consuetudinária. Não se aproxima, portanto, dos precedentes da tradição *common law* tampouco pode ser considerada mera jurisprudência.²⁶

Não se confundem com as súmulas vinculantes porque o julgamento em repetitivos afasta a abstrativização da norma. A amplitude do contraditório no julgamento minimiza a necessidade do historicismo dos precedentes de origem inglesa, sobretudo porque a principal fonte de direito na tradição *civil law* é a lei.

O julgamento em repetitivos tem carga normativa pelo exercício da função jurisdicional, condensado em um único ato, mas que se presta a resolver uma multiplicidade de litígios que versem idênticas questões jurídicas. Sendo assim, o modo de dizer o direito torna-se vinculante em prol da coerência, estabilidade e integridade das decisões judiciais (*stare decisis*).²⁷

A amplitude do contraditório é assegurada desde a escolha dos recursos representativos de controvérsia nos termos do art. 1.036, § 6, CPC/2015 até o efetivo julgamento nos termos dos arts. 1.038 e 138 CPC/2015. A ampla divulgação, previsibilidade e coerência na aplicação assegurada no art. 979, CPC/2015.

Do julgamento extrai-se a carga normativa da decisão, que autoriza a aplicação da tese aos processos sobrestados nos exatos termos dos artigos 1.040 e 1.041, CPC/2015; aplicável também a casos futuros nos termos dos artigos 1.030, 311, 332, 496, 521, 927, 932, 966, CPC/2015.

O art. 1.040, CPC/2015 estabelece ainda mecanismos de revisão da decisão paradigmática pela Corte prolatora, assegurando maior legitimidade ao padrão decisório aplicável a situações futuras.

²⁶ PAIXÃO CÔRTEZ, Recursos Repetitivos, Súmula Vinculante e Coisa Julgada, 2018, p. 278-279

²⁷ PAIXÃO CÔRTEZ, Recursos Repetitivos, Súmula Vinculante e Coisa Julgada, 2018, p. 278-279.

1.3. A INCONSISTÊNCIA NORMATIVA PELA LEITURA DOS ARTIGOS 982, 927, 966, 1.040 CPC/2015.

1.3.1. A SUSPENSÃO NACIONAL DO PROCESSO EM IRDR NOS TERMOS DO ARTIGO 982, CPC/2015.

O art. 982, §§ 3 e 4, CPC/2015 prevê a possibilidade de extensão da suspensão aos processos em todo território nacional. Sobre o assunto, parte da doutrina considera que, em razão da objetivação, no momento do julgamento do incidente há cisão cognitiva absoluta, justificando-se pelo fato de o Tribunal limitar-se ao julgamento do incidente.

Parte, no entanto, considera que tal hipótese ensejará deslocamento da competência, avocação de causa ou criação de competência originária sem respaldo constitucional. De fato, caso contrário estaria possibilitando legitimidade recursal ampla e completa abstrativização da decisão tomada em incidente por um único tribunal, aplicado com força vinculante aos demais territórios independentemente de grau hierárquico, amplitude do contraditório ou representatividade local que possa legitimar a vinculatividade.

Pondera-se, portanto, a instauração do IRDR na localidade em que tramita o processo e eventual divergência ou havendo interesse recursal, a matéria possa ser levada à Corte Superior via recurso especial ou extraordinário, mantida a suspensão porquanto perdurar o julgamento.

É nesse sentido a norma art. 1.029, § 4, CPC/2015:

“Considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo território nacional, até **ulterior** decisão do recurso extraordinário ou recurso especial **a ser interposto**”.

A Corte não poderia suspender em todo território nacional para provocar a instauração de incidentes. Sobre esse aspecto, importa considerar que o Ministério Público é legitimado para requerer a instauração do incidente.

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, SIRDR nº 12, STF:

“É importante sublinhar que o legitimado deverá expor, no requerimento de suspensão nacional, que a questão objeto do incidente veicula matéria de envergadura constitucional e que ela se repete em processos seriais em outros estados-membros ou regiões. A par deste aspecto, entendendo indispensável, como requisito para a demonstração de interesse, a formalização de instauração do incidente versando idêntica controvérsia no estado-membro ou região do requerente (...)”.

O art. 982, § 4, do CPC/2015 possibilita às partes, independentemente do limite territorial, requerer a suspensão nacional do processo. No entanto, a suspensão no território mantém-se até ulterior decisão do recurso extraordinário ou especial interposto.

Na medida em que a parte poderá recorrer da decisão firmada em incidente, mantido automaticamente o efeito suspensivo, é possível concluir que esta não tem legitimidade para pedir a suspensão nacional, função que se aplicaria ao Ministério Público (custos legis).

Conclui-se, portanto, que a suspensão nacional se revela medida excepcional com a finalidade única de assegurar coerência entre os incidentes instaurados (multiplicidade) na hipótese de eventual divergência nos julgamentos **se encerrados os incidentes em momentos distintos**.

1.3.2. A TESE EM REPETITIVOS E O ENUNCIADO SUMULAR: O TRATAMENTO DADO PELOS ARTIGOS 1.040, 927, 932 e 966, CPC/2015

A decisão em repetitivos, se revela orientação para os julgadores aplicar o direito aos processos sobrestados; e, uma vez não observados, deverão ser remetidos à Corte por força do 1.040, CPC/2015 (não trata como uma ordem direta), o cabimento da reclamação se daria após a estrita observância ao art. 1.040.

O juiz competente aplica a decisão ao caso sobrestado e a recorribilidade se dá em função da impossibilidade de avocação de competência pelas Cortes Superiores. A Constituição Federal trata expressamente do incidente de deslocamento de competência para

crimes contra direitos humanos nos termos do art. 109, V, § 5º CF/88²⁸. Ante tal impossibilidade, exige-se o esgotamento das vias ordinárias.

O artigo 1.040, CPC/2015, no entanto, não estende expressamente a aplicabilidade a casos futuros, como se houvesse uma cisão entre os casos presentes e futuros que versem idêntica questão jurídica, sendo assim a aplicabilidade futura se extrai de outros dispositivos.

O artigo 927, CPC/2015, ainda, acende algumas dúvidas sobre a intenção legislativa, na medida em que não é possível assegurar pela leitura dos parágrafos segundo e quarto se a alteração da tese em repetitivos prescinde ou não de provocação do jurisdicionado ou mesmo de julgamento, aproximando, neste contexto, a tese em repetitivos da norma.

Possibilitar a alteração de enunciados de súmula de jurisprudência dominante ou tese firmada em repetitivos, segregando-se a atividade jurisdicional, isto é, independentemente de julgamento, para além da abstrativização, teremos um risco de criar orientações ou súmulas ordinárias vinculantes, sem, no entanto, carga normativa²⁹.

Sobre a carga normativa dos enunciados sumulares, entende o STF:

“A súmula comum, na realidade, configura mero instrumento formal de exteriorização interpretativa de uma dada orientação jurisprudencial. A súmula comum, portanto, tendo em vista a tese jurisprudencial não vinculante que nela se acha consagrada, encerra, apenas, um resultado paradigmático para decisões futuras”. “(...) se presta para orientar a aplicação da lei ou a interpretação que o órgão jurisdicional aplica, com vistas a evitar decisões surpresas e em prol da segurança jurídica e eficiência na entrega jurisdicional. (Rcl 10.707

²⁸ art. 109, V, § 5º, CF/88: Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²⁹ O artigo 927, CPC trata expressamente do dever de motivação (ato); ocorrendo a hipótese mencionada, caberá mandado de segurança. Esta situação descrita não encontra parâmetro nem mesmo na ação direta de inconstitucionalidade, para a qual a CF/88 reconhece efeito vinculante, que, no entanto, depende de instauração e julgamento (não inquisitorial), ainda que o pedido seja um simples impulso externo - instrumento deflagrador do processo objetivo de controle. Admite-se, ainda, a intervenção de *amicus curiae* ou a participação de assistentes nos termos do § 2, do art. 9 da Lei 9.868/99.

AgR, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 28-5-2014, P, DJE de 30-10-2014).

Sobre o efeito vinculante, o STF manifestou-se pela exclusividade da súmula constitucionalmente prevista:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROVIMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA STF Nº 622. AUSÊNCIA DE EFICÁCIA VINCULANTE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Ato reclamado: acórdão do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que conheceu e deu provimento a agravo regimental interposto de decisão que deferira liminar em mandado de segurança. 2. Alegação de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, ante o que dispõe a Súmula STF nº 622: inoocorrência. 3. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: Reclamações 1.616/PE e 976/ES, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ 16.6.2003 e 25.6.2004. 4. **Inexistência de vinculação ou subordinação por parte dos tribunais pátrios à Súmula STF nº 622, tendo em vista a sua natureza processual.** 5. O fato de o Supremo Tribunal Federal entender que não cabe agravo regimental da decisão que defere ou indefere medida liminar em mandado de segurança, de sua competência originária, não impede que outros tribunais adotem entendimento diverso. 6. Agravo regimental improvido.

Indexação - APLICABILIDADE, EFEITO VINCULANTE, EXCLUSIVIDADE, SÚMULA, NATUREZA CONSTITUCIONAL.

Os fundamentos se extraem da aplicação pela Corte Superior da “Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes”, em que CONHECENDO o agravo regimental, NEGOU PROVIMENTO à Rcl 5.082/DF AgR, DJ 4/5/2007 movida com a finalidade de impor o entendimento da Súmula 622, STF. Ministra Rel Ellen Gracie, STF, Plenário.

Conclusão: não cabe reclamação com fulcro no art. 102, I, I, CF/88 - **usurpação de competência** - porque súmula ordinária não preenche os requisitos para sua vinculatividade. Decisão proferida antes da vigência do CPC/2015(LGL\2015\1656).

Nesse sentido, passamos à análise do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, com a finalidade de extrair tais fundamentos:

A Constituição da República, em seu art. 102, I, I, é clara ao dispor que compete a esta Corte processar e julgar, originariamente, "a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões", hipóteses a que não se subsume o presente caso.

É que o Plenário desta Casa, ao julgar a Reclamação 1.616/PE, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.6.2003, julgou improcedente pedido semelhante, em acórdão que porta a seguinte ementa:

"MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - NATUREZA - RECURSO - ADEQUAÇÃO. O ato mediante o qual é deferida, ou não, liminar em mandado de segurança enquadra-se na espécie "decisão interlocutória", sendo atacável no campo recursal. **O conhecimento e provimento de agravo longe fica de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal**, considerada a suspensão de segurança." (Destaquei)

Quanto à matéria em questão assim se manifestou o relator, Ministro Marco Aurélio, verbis:

"(...) está-se diante de situação concernente à própria tramitação do mandado de segurança, razão pela qual não há de se cogitar da prática de suspensão de liminar, em processo a versar sobre matéria constitucional, pelo Presidente da Corte de origem. O ato previsto no artigo 7º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, tem carga decisória, revelando-se de natureza interlocutória e precário e efêmero, podendo ser revisto a qualquer momento pelo relator e, com maior razão, pelo Colegiado, ante recurso interposto, a que se encontre integrado. Aplicável à hipótese, por não haver incompatibilidade, é o disposto no artigo 522 do Código de Processo Civil. É de frisar que a jurisprudência existente na Corte de que **incabível é o agravo contra o deferimento ou indeferimento de liminar em mandado de segurança - entendimento em relação ao qual guardo reservas** - formou-se pelo fato de **aplicar-se, à espécie, não o Código de Processo Civil, mas o Regimento Interno**, isso tendo em conta os **preceitos neste insertos**, que datam de **Constituição pretérita viabilizadora da normatização**, pelo Supremo Tribunal Federal, de **ações e processos**

submetidos à própria competência. Não se mostra razoável concluir-se pela intangibilidade do ato do relator no âmbito da própria Corte, de modo a afastar, assim, o sistema recursal. A **Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Lei Complementar nº 35/79** -, ao prever a competência privativa dos tribunais para julgar originariamente os mandados de segurança, encerra atuação, também, em incidentes como é o ligado à concessão, ou não, de medida acauteladora. Logo, o ato monocrático, em processo da competência do Colegiado, fica sujeito ao crivo deste último, que tanto pode se dar em **julgamento definitivo da impetração** como por força de **agravo** protocolado contra a decisão interlocutória. Fora isso, é reconhecer-se poder maior ao relator. É ele competente para deferir ou indeferir a liminar e, ainda, para reconsiderar o ato ligado a esta última, expungindo-se, no entanto, o crivo do Colegiado. Isso não se coaduna com a organicidade do Direito, valendo notar, mais uma vez, que a **situação é diversa da retratada quando o mandado de segurança é da competência do Supremo Tribunal Federal.**" (Destaquei)

No voto, o Ministro Gilmar Mendes trata da “**função normativa**” do Supremo Tribunal Federal decorrente da "Constituição Pretérita". Referência à Constituição Federal de 1967, que, no art. 119, III, §1, possibilitou à Corte regulamentar o cabimento do recurso extraordinário, atribuição exercida por meio do Regimento Interno³⁰.

Nos termos do artigo 325, II, RISTF com redação dada pela emenda regimental 03 de 1985, o cabimento do recurso extraordinário se assentava também na divergência com súmula do STF, recorre-se à constituição pretérita para fundamentar a origem e vinculatividade das súmulas³¹.

Segue consignando o Ministro:

No julgamento da Reclamação 1.616/PE proferi voto-vista, em que acompanhei o eminente relator, Ministro Marco Aurélio, consignando, verbis:

³⁰ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar: RECURSOS REPETITIVOS, SÚMULA VINCULANTE E COISA JULGADA, Gazeta Jurídica, 2018. p. 222-229

³¹ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar: op cit. p. 222-229

"A jurisprudência predominante nesta colenda Corte é no sentido de que o instrumento adequado para **suspender a eficácia da decisão** concessiva da cautela é a **suspensão de segurança, nos termos do artigo 4º, da Lei nº 4.348 de 1964, em combinação com o artigo 25 da Lei 8.038 de 1990**, que prevê a suspensão da cautelar anteriormente concedida, para evitar **grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública**.

No entanto, fundamentos outros, que **não os previstos no art. 4.º da Lei nº 4.348/64 e no art. 25 da Lei nº 8.038/90**, podem ensejar a suspensão da decisão concessiva da liminar em mandado de segurança; podem ser **jurídicos**, e não, necessariamente, **políticos**. Até porque, os pressupostos elencados nos diplomas legais retromencionados não guardam qualquer relação com os **pressupostos do art. 7.º, II, da Lei nº 4.348/64**, os quais incumbe ao juiz verificar se estão presentes ou não para apreciar o pedido cautelar. Se o **colegiado** é o órgão **naturalmente competente** para a apreciação do pedido cautelar, **não vejo razão para que seja impedido de rever a decisão monocrática do relator**, que age em nome do próprio tribunal." (Destaquei)

A transposição do procedimento estabelecido nos Regimentos Internos dos Tribunais - em matéria processual - deve guardar relação com o Código de Processo Civil, **ressalvada** a competência do Supremo Tribunal Federal em estabelecer ações e procedimentos relativos à matéria a que compete julgar originária e ordinariamente (art. 21, 89, 90, Lei Orgânica da Magistratura Nacional; art. 96, CF/88 e art. 102, incisos I e II, CF/88).

A Reclamação Constitucional (art. 102, I, I, CF) tem procedimento específico e o cabimento de agravo regimental depende de previsão no Regimento Interno do STF (art. 156-162), podendo ser diferente, portanto, do que dispõe a lei federal.

A Emenda Regimental de 2001, vigente à época da decisão estabelecia a competência do órgão (Turmas), hipótese em que caberia agravo regimental nos termos do voto.

Nesse sentido, a jurisprudência que se assenta a reclamação constitucional ou qualquer procedimento, que, pela competência originária, o STF tenha estabelecido rito diverso, não necessariamente se aplica às demais matérias ou tribunais.

Sendo assim, a Súmula 622, STF³² não é vinculante e se presta a restringir cabimento de agravo regimental quando a competência originária para decidir a matéria é do relator no STF³³ garantindo, por outra via, a possibilidade *in casu* de suspensão da segurança, fundamentada em razões políticas: grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública, nos termos do art. 4 RISTF/2007, preservando-se o propósito da Corte; art. 102, I, d, CF/88.

Sobre a independência da matéria, nos termos do voto:

No Tribunal Superior Eleitoral, quando do julgamento do Mandado de Segurança 1.491-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Classe 2ª, DJ 14.11.1991, o eminente Ministro Carlos Velloso já se manifestava no sentido de que podem e devem os Tribunais instituir, em seus regimentos internos, o agravo regimental da decisão do relator que defere ou indefere o pedido de liminar.

Posteriormente, ao julgar a Reclamação 1.470-AgR/AP, DJ 15.8.2000, o eminente Ministro Carlos Velloso reiterou esse entendimento, verbis:

"Na decisão que proferi na SS 1.524-RJ, deixei expresso que predomina, no Supremo Tribunal Federal, o entendimento no sentido de que não cabe agravo regimental da decisão que, em mandado de segurança, defere ou indefere medida liminar. **Isto não quer dizer, entretanto, que outros Tribunais estejam impedidos de decidir de outra forma.** No Tribunal Superior Eleitoral, por exemplo, o entendimento é outro, vale dizer, é no sentido do cabimento do agravo da decisão do Relator que defere ou indefere medida liminar. O meu entendimento pessoal a respeito do tema, aliás, é no sentido de que seria cabível agravo da decisão do Relator, que, em mandado de segurança, defere ou indefere medida liminar.

(...) o caso em tela, o próprio Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios prevê, expressamente, em seu artigo 219, o cabimento de agravo regimental de decisão proferida por relator.

³² **Súmula 622, STF:** Não cabe Agravo Regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em Mandado de Segurança.

³³ A situação também nos remete à análise do art. 932, inciso VI, CPC/2015, que dispõe a competência do relator para *decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal.*

Em razão da independência entre a matéria sumulada (art. 21, LOMAN; art. 96, CF/88), não há que se falar em efeito vinculante ou usurpação de competência do STF. Súmula ordinária não preenche os requisitos que autorizam sua vinculatividade. Matéria processual que não se subordina ao STF. Não há usurpação de competência. Nega provimento.

Via de regra, a função normativa sumular em matéria processual deve observância ao Código de Processo Civil, nos termos da ADI 2.970³⁴.

Gilmar Mendes diferencia ainda o efeito suspensivo quando motivados por razões políticas daqueles motivados por razões jurídico-processuais:

De outro lado, também sustento que as razões que autorizam o presidente do Tribunal, competente para o recurso, a suspender efeitos de liminares ou de segurança concedidas, são razões políticas: para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (Lei 4.348/64, art. 4º; RI/STF, art. 297).

Independentemente de tais **razões políticas, podem existir razões jurídicas**, razões jurídico-processuais, que poderiam ser examinadas no recurso de **agravo regimental**, sendo legítimo ao Tribunal examiná-las, dado que o Relator despacha em nome do Tribunal, em nome do Colegiado. Ora, se o Tribunal provê o agravo, cassando a decisão do Relator concessiva da liminar, com base em razões jurídico-processuais, não usurpa competência do presidente do Tribunal Superior, **cuja competência assenta-se, como falamos, em pressupostos diversos.**" (Destaquei)³⁵

³⁴Com o advento da CF de 1988, delimitou-se, de forma mais criteriosa, o campo de regulamentação das leis e o dos regimentos internos dos tribunais, cabendo a estes últimos o respeito à reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (CF, art. 22, I), bem como às garantias processuais das partes, "dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos" (CF, art. 96, I, *a*). São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a *causa finalis* da jurisdição. Ante a regra fundamental insculpida no art. 5º, LX, da Carta Magna, a publicidade se tornou pressuposto de validade não apenas do ato de julgamento do tribunal, mas da própria decisão que é tomada por esse órgão jurisdicional. [ADI 2.970, rel. min. Ellen Gracie, j. 20-4-2006, P, DJ de 12-5-2006.]

³⁵No mesmo sentido foram as decisões proferidas nas Reclamações 1.597-Agr/PE e 1.705-MC/ES, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 12.12.2000 e 16.10.2000. Assim, não há que falar em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ante o exposto, nego seguimento à presente reclamação, ficando prejudicada a apreciação do pedido de medida liminar.

A função normativa do STF quanto à relevância da questão federal é prevista no art. 119, § 1, CF/67 com alteração dada pela EC n 07/1977 e regulamentada em regimento interno. Procedimento processual específico apartado do Recurso Extraordinário³⁶. É, senão, requisito de admissibilidade dos Recursos Extraordinários em decorrência da repercussão geral introduzida pela EC 45/2004 (motivação política)³⁷.

Neste contexto, a função normativa do Supremo Tribunal Federal estende-se à competência recursal extraordinária, vejamos:

Súmula 634: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

Súmula 635: Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Mantidas as súmulas com a vigência do CPC/2015 (LGL/2015/1656), na medida em que interposto perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, a quem compete o primeiro juízo de admissibilidade. Poderá, no entanto, fundado em razões jurídico-processuais, conceder efeito suspensivo aos recursos extraordinários nos termos do art. 1.029, § 5, III CPC/2015, limitado à sua competência nos termos do art. 1.030, CPC/2015.³⁸

No que se refere ao procedimento previsto na Lei 8.038/1990 referente à Reclamação, este foi revogado pelo CPC/2015. Por fim, houve revogação da súmula 622, STF com a edição da Lei 12.016/2009, que explicitou o cabimento do recurso contra decisão que implique deferimento ou indeferimento da liminar, alterando substancialmente os fundamentos determinantes da jurisprudência que embasa a presente.³⁹

O art. 966, V, CPC/2015 endossa a intenção legislativa em aproximar o enunciado da súmula da norma, no entanto, dá mesmo tratamento ao acórdão em repetitivos em detrimento da tese conforme leitura isolada do art. 927, §§ 2º e 4º, CPC/2015.

³⁶ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar: op cit. p. 222-223

³⁷ PAIXÃO CÔRTEZ, osmar: RECURSO PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES, 4 ed, 2017. p 120-121

³⁸ AC 4.204 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 2-5-2017, DJE 102 de 17-5-2017 (Mantida as súmulas 634, 635, com a vigência do CPC/2015).

³⁹ STF, MS 25.563 AgR, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 9-12-2010, DJE 27 de 10-2-2011.

O art. 932, I, CPC/2015 (LGL\2015\1656) dispõe que incumbe ao relator **negar provimento** a recurso que for contrário à Súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal. Poderá, ainda, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, **dar provimento** ao recurso se a decisão for contrária aos precedentes aludidos, nos termos do art. 932, V, CPC/2015 (LGL\2015\1656).

A experiência com a ampliação dos poderes do relator no diploma anterior nos revelou que a exceção à colegialidade não necessariamente resguarda de forma efetiva a finalidade da norma⁴⁰.

No entanto, o CPC/2015 ao conferir ao relator o poder de julgar monocraticamente com fundamento em súmula ordinária - *independentemente do grau de jurisdição* - esbarra em questões de ordem diversas, na medida em que as súmulas ordinárias assumem função normativa dos respectivos tribunais nos termos do art. 96, CF/88 e art. 21, LOMAN, conjuntamente considerados.

Nesse sentido, seguem transcritos os dispositivos mencionados:

CF/88, Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, **com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais** e administrativos;

LOMAN, art. 21 - Compete aos Tribunais, privativamente:

III - elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, observada esta Lei, a **competência de suas Câmaras ou Turmas isoladas, Grupos, Seções ou outros órgãos com funções jurisdicionais** ou administrativas;

⁴⁰ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar. RECURSOS PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES, 4 Ed, Gazeta Jurídica, 2017, Brasília. pg 139

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Rcl 5.082/DF AgR, DJ 4/5/2007, negou-lhes a vinculatividade, pois em razão da independência da matéria, os demais tribunais não devem estrita observância sobretudo porque não se aplica.

Nesse contexto, o CPC/2015 (LGL\2015\1656) além de restringir as hipóteses de atuação do relator⁴¹, incrementou as súmulas, exigindo na sua edição, conforme visto anteriormente: uma limitação de ordem fática; uma dimensão quantitativa (jurisprudência dominante); uma dimensão qualitativa (§§ 2, 4, art. 927, CPC).

No entanto, cumpre questionar se tal incremento pelo CPC/2015 tem o condão de atribuir validamente eficácia normativa aos enunciados das súmulas ou se estaremos permitindo completa abstrativização de seu enunciado.

A função normativa dos órgãos do poder judiciários limita-se às hipóteses previstas na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Magistratura. A tentativa em aproximar as orientações sumulares da tese fixada em precedentes obrigatórios, permite ao órgão judiciário função alheia à atividade jurisdicional, sobretudo porque também lhe permite alterar enunciado sumular na forma do art. 927, §§ 2º e 4º CPC/2015.

Ainda que se possa extrair carga normativa das jurisprudências dominantes que embasam a edição da súmula, esta não possui tese vinculante que possa validar sua equiparação à norma, ainda que a finalidade esteja relacionada à preservação da coerência, estabilidade e integridade das decisões.

Extraindo-se a carga normativa da jurisprudência dominante e validando o procedimento ou pretendendo atribuir efeito vinculante pela observância aos §§ 2º e 4º, art. 927, CPC/2015, estaríamos criando súmulas vinculantes sem a efetividade de um precedente em sentido estrito ante a carência dos pressupostos.

Nesse sentido, jurisprudência dominante tem conceito aberto, não se aproxima necessariamente do precedente de origem no *common law* e da aze à jurisprudência defensiva, exceção não desejada à colegialidade a qual assegura maior amplitude ao debate pelo dever de motivação (efetividade).

⁴¹ Nos termos do artigo 557, *caput* e § 1, CPC/73, o poder do relator era estabelecido de forma ampla, não limitado à sistemática de precedentes no sentido estrito, podendo negar seguimento a recurso em confronto com jurisprudência dominante ou súmula do STF ou Tribunal Superior. Do mesmo modo poderia dar provimento se a decisão recorrida manifestamente estivesse em confronto.

No mais, a situação em comento gera distorções no ordenamento, quais sejam: impor a autoridade do enunciado da súmula, distinção de súmula, superação de súmula, quando para estas são previstas: revisão, revogação ou cancelamento, em que os legitimados - diferentemente das súmulas vinculantes constitucionalmente previstas⁴² - estão delimitados no Regimento Interno dos Tribunais.

Sendo assim, o art. 932, CPC/2015 ao prever que o relator poderá negar provimento contrário a súmula, implica dizer que poderá negar provimento contrário à jurisprudência dominante (926, CPC/2015), abrindo-se discussões sobre *(i) a motivação, (ii) o engessamento da jurisprudência não qualificável como precedente vinculante no sentido estrito (efetividade) e (iii) recorribilidade e amplitude da recorribilidade (dialeticidade e devolutividade recursal).*

Quanto aos poderes do relator, o RISTF expressamente dispõe:

Art. 13. São atribuições do Presidente:

v – despachar:

c) como Relator, nos termos dos **arts. 932 e 1.042 do Código de Processo Civil**, até eventual distribuição, as petições, os recursos extraordinários e os agravos em recurso extraordinários ineptos ou manifestamente inadmissíveis, inclusive por incompetência, intempestividade, deserção, prejuízo ou ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cujo tema seja destituído de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

d) como Relator, nos termos dos **arts. 932 e 1.042 do Código de Processo Civil**, até eventual distribuição, os recursos extraordinários e os agravos que veiculem pretensão contrária **a jurisprudência dominante ou a súmula do Supremo Tribunal Federal**; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

e) como Relator, até eventual distribuição, os habeas corpus que sejam inadmissíveis em razão de incompetência manifesta, encaminhando os autos

⁴² Art. 3º, Lei 11.417 /06 - Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

ao órgão que repute competente. (Incluída pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

Do mesmo modo, as orientações previstas no art. 927, VI, CPC/2015 também não possuem efeito vinculante. Função que compete aos tribunais internamente padronizar a aplicação do direito em prol da coerência, estabilidade e integridade da jurisprudência.

2. DA ESTRUTURA À FUNÇÃO: A SISTEMÁTICA DE REPETITIVOS SOB O ASPECTO FUNCIONAL

Do Estado Moderno como grande organização nasce a “teoria do direito como conjunto ordenado e organizado de normas”, consagrando a teoria do direito como ordenamento⁴³.

Num contexto de progressiva centralização das atividades de produção e aplicação do direito, marcado pelo relativismo ético e irracionalismo de valores, Kelsen, se propondo a estabelecer uma teoria pura do direito, por meio da análise estrutural define a norma como forma de controle social⁴⁴.

A norma sob o enfoque estrutural é meio coercitivo para a consecução de um fim (não racionalizável), valendo-se recorrer em última instância, à força, à execução de certas obrigações. Assenta-se na bilateralidade protetiva-repressiva ante o caráter instrumental da norma e do direito.⁴⁵

Sob o enfoque estrutural, o direito é compreendido como ordenamento normativo específico, em que a especificidade consiste, precisamente, não nos conteúdos normativos, mas no modo pelo qual as normas estão relacionadas umas às outras no sistema⁴⁶.

A norma será jurídica se produzida na forma prevista. Isto é, em conformidade com outras normas que regulam o direito e a produção das normas do sistema. Estruturadas hierarquicamente e vinculadas a uma norma superior posta pelo poder fundante da ordem jurídica⁴⁷.

Norberto Bobbio, ao analisar a estrutura e a função da norma na teoria de Kelsen, evidencia o contexto histórico em que este se achava, para então justificar esta concepção instrumental da norma e consequentemente do ordenamento jurídico estatal⁴⁸.

Evidencia em sua análise o momento histórico iminente, que se prenunciava ou até mesmo contemporâneo à teoria pura do direito de Kelsen para constatar a nova função diretiva do Estado, não apenas protetiva-repressiva, mas também promocional.

⁴³ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: Novos Estudos de Teoria do Direito. Manole, 2007. p 87.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. op cit, 2007, p. 204

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. op cit, 2007, p. 205

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. op cit, 2007, p. 209

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. op cit, 2007, p. 210

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. op cit, 2007, p. 210-213

Nesse sentido, pondera Bobbio:

“Um controle que também se desenvolve na direção da prevenção em lugar da repressão, e que tem ao seu dispor os conhecimentos proporcionados pelas ciências sobre o comportamento humano e suas condicionantes. Assim, um controle social reativo cede espaço a um controle antecipado⁴⁹”.

Trata-se da necessidade em acolher o dinamismo decorrente da efervescência social e cultural da sociedade industrial transformadora, do industrialismo acelerado, da urbanização, das relações de trabalho, da produção massificada, que, reproduzida posteriormente inclusive no âmbito cultural, revestia-se do sectarismo político-ideológico que marca a ascensão do totalitarismo e da barbárie⁵⁰.

No mesmo momento histórico a sociologia e a antropologia jurídica ganham espaço, desenvolvendo-se em busca da finalidade do direito⁵¹.

Remonta-se à livre constituição e à filosofia hegeliana mediante valorização do agir comunicativo, da ação política, da política deliberativa e do espaço público em crítica ao iluminismo e à concepção estruturalista de sociedade; desenvolvendo-se, por fim, uma concepção plural e democrática do direito⁵².

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. op cit, 2007, p. 36

⁵⁰ “o dogma da completude caía, como inútil e perigosa resistência à adequação do direito às exigências sociais” BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, 2010, p. 282.

⁵¹ O nascimento da Antropologia ocorreu em meio à expansão colonial europeia do século XIX, que emerge, segundo Hannah Arendt, do colonialismo motivado por dimensão expansionista distinta do império romano. Orlando Villas Bôas Filho, em seu texto intitulado “A constituição do campo de análise e pesquisa da antropologia jurídica”, estabelece o objeto, modo e finalidade do campo de análise e pesquisa da antropologia jurídica do século XIX, que consiste, segundo o autor: no estudo das “sociedades primitivas” fundamentado no pressuposto etnocêntrico da superioridade da sociedade europeia em relação às demais, tendo um caráter meramente instrumental e constituindo-se num saber voltado à gestão de populações, expressão que Robert Weaver Shirley denomina de “dimensão pragmática” da antropologia. À época, a ideia de superioridade de raças já podia ser encontrada na obra *Essai sur l'inégalité des races humaines*, de Gobineau, servindo a antropologia evolucionista, com premissas absolutamente etnocêntricas, à dominação de populações segundo Norbert Rouland. Franz Boas da escola difusionista norte-americana, constatando que as sociedades são essencialmente diversas, rompe com esta perspectiva linear e teleológica (leis gerais de desenvolvimento). Atualmente situa-se na problematização do direito, no campo das investigações zetéticas, cujo objeto transcende o direito nas sociedades sem Estado, sendo, por vezes, questionado por adentrar ao campo da Sociologia jurídica. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A constituição do campo de análise e pesquisa da antropologia jurídica. São Paulo, v. 51, p. 10-25, 2008.

⁵² “Ao agir e ao falar, os homens mostram quem são, revelam ativamente suas identidades pessoais únicas (condição humana da singularidade), e assim fazem seu aparecimento no mundo humano, enquanto suas

A livre constituição e a as relações entre Estado e indivíduos, eram assim definidas por Hegel:

“Dos gregos e romanos recebemos ilustrações dos povos. **Nele encontramos o conceito de uma livre constituição, formada de um tal modo que todos os cidadãos devem tomar parte nas deliberações e resoluções sobre os assuntos gerais e sobre as leis.** Também em nossa época essa é a opinião geral, apenas com a modificação de que isto não é feito diretamente, devido à extensão e população de nossos Estados, mas indiretamente por meio de representantes da vontade dos cidadãos, que expressam a opinião destes para a resolução de questões públicas - vale dizer, o povo deve ser representado por deputados para a elaboração das leis”⁵³

“Constituição política é, primeiramente, a organização do Estado e o processo da sua vida orgânica em relação consigo mesmo. (...) Uma forma de se realizar uma instância universal apta à superação de particularidades. (...) O Estado, em sua relação com o indivíduo, deve assumir racionalidade capaz de tornar-se **instituição apta a superar os conflitos existentes em sociedade.** (...) A importância da constituição política reside na função organizadora do Estado para a consecução de seu fim precípua: **a liberdade do homem sob o império da lei**”⁵⁴.

Para Kelsen, o ordenamento estatal é um sistema dinâmico e o dinamismo se justifica justamente pela **abstração** do conteúdo normativo (valores).

Abstraindo-se o conteúdo normativo, conclui-se que a instrumentalidade do direito (da norma) não se vincula a consecução de um fim de um determinado grupo social, classe política ou indivíduo⁵⁵. No entanto, é preciso buscar em um outro sistema que não o direito a

identidades físicas aparecem, sem qualquer atividade própria, na conformação singular do corpo e no som singular da voz”. ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo, São Paulo, Companhia das Letras, 2012, p.254

⁵³ HEGEL, GFW. Filosofia da História, Lisboa, Guimarães, p. 46

⁵⁴ HEGEL, GFW. Princípios da Filosofia do Direito, Lisboa, Guimarães, p.250

⁵⁵ O absolutismo filosófico, segundo Kelsen, “é a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, i.e., uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano.” (KELSEN, Hans. Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: A Democracia. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p 347). “A exigência, que avançou sob uma doutrina relativista dos valores, de separar direito da moral, e, consequentemente, o direito da justiça, significa apenas que, ao avaliar um ordenamento jurídico como moral ou

justificação do poder fundante (*grundnorm*) para que se atribua validade à teoria pura do direito.

Kelsen explica ainda que os ordenamentos sociais são estáticos (não dinâmicos), na medida em que “*a realidade só existe no interior do conhecimento humano e que, enquanto objeto do conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscente.*”⁵⁶

Kelsen, ao consagrar o princípio gnosiológico da imputação, estabelece que a consequência da aplicação da norma jurídica decorre de uma deliberação voluntária, sendo aplicada a partir de um ato de imputação.

A imputação nos ordenamentos sociais, no entanto, é deflagrada por um fato não voluntário, justamente porque estáticos, encerram um valor revestido de autoridade, uma realidade cognoscível ao grupo social que se submete.

Kelsen, em sua obra, trabalha o conceito de liberdade como preceito fundamental à democracia, constatando que “o fato de se continuar falando de **autonomia** e considerando cada um como **submisso à própria vontade**, enquanto o que vale é a lei da maioria, é um novo progresso da metamorfose da ideia de liberdade.”⁵⁷

Do trecho é possível compreender a abstração da própria existência humana, por meio do relativismo da liberdade. Nesse sentido, se há autonomia (autodeterminação) é sujeito de poder. Sendo sujeito de poder, tem-se liberdade.⁵⁸

Ainda sobre a constatação kelseniana, é possível compreender a impossibilidade de tratar empiricamente da liberdade, razão pela qual se orienta pela abstração axiológica⁵⁹.

O ordenamento estatal, portanto, somente será dinâmico (não limitado) se o poder fundante consistir na máxima conjugação de poderes, a pluralidade em unidade (democracia

imoral, justo ou injusto, expressamos somente a relação do ordenamento jurídico com um dos sistemas morais possíveis (não com a Moral) e enunciamos um juízo de valor não mais absoluto e, sim, relativo (KELSEN, Hans apud BOBBIO, Norberto. Da Teoria à Função, 2007, p. 193)

⁵⁶ KELSEN, Hans. Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: A Democracia. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 347-348

⁵⁷ KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: A Democracia. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 30.

⁵⁸ Para a **democracia**, o povo é uma pluralidade de indivíduos que constitui uma unidade que é “ou teoricamente deveria ser – **não tanto objeto, mas principalmente sujeito do poder**”. KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: A Democracia. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

⁵⁹ KELSEN, Hans. Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: A Democracia. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 347-348.

ideal), ou a maioria, desde que resguardado o poder e a liberdade individual da minoria (democracia real).

Ou seja, levando-se o dinamismo do ordenamento estatal ao infinito, é possível deduzir que este não é limitado. Não sendo limitado, a sua constituição é livre, o que pressupõe liberdade e igualdade.

Ao trabalhar o conceito de liberdade, Kelsen recorre à coerção e ao controle social - por mais antagônico que pareça. Justifica-se, no entanto, pela própria compreensão da autonomia humana em contraponto à submissão à própria vontade. Nesse sentido, a autonomia é um poder e um dever, do mesmo modo a liberdade⁶⁰.

Tratando-se da liberdade individual, compreende-se o indivíduo como sujeito de poder, abstraindo-se para a liberdade democrática, impõe-se a ideia de um dever. Contrapõe, por fim, a autonomia e a heteronomia, sendo a última relacionada à coerção externa.

Conclui-se, portanto, que a democracia ideal assenta-se na autonomia; e a democracia real, na heteronomia, em que os sujeitos de poder validamente se submetem à coerção estatal ou à vontade da maioria. Nesse sentido, a força é um instrumento necessário do poder. Isso não significa que também é o seu fundamento. A força é necessária para exercer o poder, não para justificá-lo⁶¹.

Nesse contexto, Norberto Bobbio desenvolve - a partir da concepção juspositivista - sistema normativo dinâmico mediante integração dos sistemas e dos ordenamentos sociais, concluindo, sob o aspecto funcional, que: “A construção do direito como sistema normativo dinâmico não é minimamente abalada pelas relações que dizem respeito ao fim do direito”.

Parte da premissa lógico-dedutiva: o que é real é funcional; o que é funcional é real hegeliana para então analisar a norma sob o aspecto funcional, debruçando-se sobre a eficácia normativa e não apenas, a validade⁶².

⁶⁰ (...) o povo só parece uno, em sentido mais ou menos preciso, do ponto de vista jurídico; a sua unidade, que é normativa, na realidade é resultante de um dado jurídico: a submissão de todos os seus membros à mesma ordem jurídica estatal constituída. KELSEN, Hans. Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: A Democracia. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 36.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento jurídico, São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 226-227.

⁶² “Uma norma jurídica é considerada como **objetivamente válida** apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – **não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente)**” KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, p. 12.

Sendo assim, o sistema dinâmico é real na medida em que é funcional. Trata-se da conjugação real de sujeitos de poder (indivíduos). Sendo assim, para Bobbio, a existência da norma e do direito como ordenamento jurídico (estatal) é condicionado à eficácia⁶³.

Neste contexto, pondera a inexistência de norma funcional negativa, na medida em que se revela disfunção, acentuando a finalidade positiva da norma, sem relegar, no entanto, as características protetivas-repressivas.

Em sua obra, evidencia tendências e problemas da conjugação destas características, na medida em que a sanção protetiva-repressiva poderia ser utilizada como instrumento para a conservação do estado das coisas ou interesses de um grupo social ou político; ao mesmo tempo em que a função promocional, decorrente da análise funcional, poderia ser utilizada para promover ou estimular dinâmica em favor de determinado grupo ou interesse⁶⁴.

Evidencia, portanto, a utilização do direito na sua concepção instrumental com um propósito específico (subjugar, dominar) e não propriamente jurídico. No entanto, compreendendo o Estado na sua função também diretiva, redimensiona a produção normativa estatal limitando-a a eficácia no contexto institucional e racional dinâmico.

Sobre a aplicação da norma, Kelsen admite que as sentenças não são absolutamente determinadas pelas normas gerais, são nelas enquadradas. O juiz ao aplicar a norma a um fato concreto estabelece uma norma individual (especificidade).

A margem interpretativa se explica pela separação entre o *ser* (realidade de fato) e o *dever-ser* (realidade jurídica) que é o sentido do comando normativo. As normas não regulam através disto a realidade, mas sempre a conduta humana e o modo como esta age sobre o ambiente ao seu redor, já que o objetivo das normas é sempre a conduta humana⁶⁵.

Para Bobbio, a função diretiva do Estado - na medida em que absorve a finalidade do direito sob o enfoque funcional - tem o condão de regular a realidade⁶⁶, direcionando a

⁶³ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: Novos Estudos de Teoria do Direito. Manole, 2007. p.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. op cit, 2007, p. 103, 108, 110

⁶⁵ O ser é um fato real, e o dever-ser por sua vez é um fato real que possui significado perante a norma jurídica de tal forma que adquire juridicidade. O dever-ser é a conduta que se adequa ao prescrito na norma, que esta determina como sendo uma permissão, faculdade, competência ou obrigação (KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito. p. 16- 18).

⁶⁶ “Nas Constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece cada vez mais com maior frequência, a função de promover”; “Os recursos econômicos não valem menos do que os recursos da força para condicionar comportamento dos indivíduos, a fim de conseguir aqueles efeitos desejados ou impedir os

conduta humana para uma finalidade. No entanto, esta finalidade se vincula à norma fundamental.

Há, portanto, maior risco institucional decorrente da atividade diretiva na concepção de Bobbio, no entanto, não necessariamente representa estamento burocrático capaz de sufocar a liberdade individual, primeiro porque a finalidade encontra amparo na norma fundamental, finalidade perquirida pelo sujeito de poder; segundo, porque inexistente sanção funcional negativa⁶⁷.

Os costumes insertos num determinado ordenamento social encontram limitações axiológicas, as quais apenas seriam alçadas à condição de *dever-ser* se legitimadas pelo poder fundante, se adequado aos limites materiais das normas superiores⁶⁸. Sendo assim, a dogmática não admite costume como fonte de direito, em razão da compreensão não dinâmica dos ordenamentos sociais.

Sobre a atividade jurisdicional, Bobbio admite a incompletude dogmática.

Em sua obra, trata dos “juízos de equidade”, situação na qual o juiz é autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma de lei preestabelecida, desde que haja uma norma permissiva autorizando-o a produzir norma fora de todo limite material imposto pelas normas superiores⁶⁹.

Sendo assim, Bobbio evidencia a distinção entre a integração normativa e a produção de normas pelo juiz. No exercício da atividade jurisdicional, o juiz deve observar o limite material imposto pelas normas superiores.

Reconhecida a incompletude dogmática, Bobbio define a lacuna jurídica não apenas pela ausência de norma específica, mas também pela existência de mais de um comando normativo apto a resolver a questão juridicamente qualificada.

indesejados, no que se afirma consistir a função do direito. BOBBIO, Norberto, Da estrutura à função. p. 13, 36, 77.

⁶⁷ “O Estado é o próprio ordenamento jurídico (kelsen), porque o poder é completamente legalizado (Weber)”. BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função. 2007. p. 202.

⁶⁸ Bobbio trata da possibilidade de validar o ordenamento social, possível conjugar com os institutos da absorção e do reenvio. BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento jurídico, São Paulo, Martins Fontes, 2010, pp. 109, 322.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento jurídico, São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 218.

O jurista e o juiz, na concepção de Bobbio, tendem o máximo possível, à conservação das normas dadas. A interpretação jurídica vincula-se à ideia de que o sistema deve ser mantido com a mínima perturbação⁷⁰.

Na hipótese de lacuna normativa, recorre-se aos métodos de integração: autointegração, em que a lacuna deverá ser preenchida mediante aplicação de princípios gerais do direito expresso ou implícito e pela analogia, que poderá ser *legis* ou *iuris*.

Havendo semelhança relevante, integra-se pela aplicação de outra norma específica (analogia *legis*) ou por meio da interpretação dedutiva do sistema normativo conjuntamente considerado (analogia *iuris*). Na heterointegração, busca-se a integração normativa em sistema alheio, por exemplo, tratados internacionais por meio de reenvio.

Nesse sentido, excetuando-se o “juízo de equidade”, para a dogmática o juiz não cria normas, as integram em observância ao limite material imposto pelas normas superiores. Justifica-se, sobretudo porque o juiz não se abstrai (realidade cognoscível), ainda que se exija uma racionalidade institucional (realidade jurídica).

Nesse sentido, ensina Osmar Paixão Côrtes por meio da análise de Maria Cristina Peduzzi⁷¹:

“Maria Cristina Peduzzi bem resume que de acordo com Waldron, um Poder Judiciário mais ativista deve ser criticado por duas razões centrais, em primeiro lugar, ao se substituírem à sociedade nos debates públicos sobre o significado de direitos controversos, os juízes se distraem das questões centrais que deveriam ser discutidas e, em segundo lugar, o Judiciário não tem legitimidade para representar as posições políticas dos cidadãos.”

No entanto, é possível assegurar maior racionalidade institucional ao poder judiciário, abstraindo-se o caráter ôntico da aplicação ou interpretação da lei pelo magistrado.

A sistemática de repetitivos converge com esta racionalidade institucional, na medida em que se abstrai o ser (realidade de fato), aproxima-se do *dever-ser* (realidade jurídica),

⁷⁰BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento jurídico, São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 261

⁷¹PAIXÃO CÔRTEES, Osmar: A OBJETIVAÇÃO DO PROCESSO E O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DO PÓS-POSITIVISMO, REVISTA REPRO RT. 251, 2016.

justamente pela instauração do contraditório participativo, decorrente da audiência pública, intervenção especial ou participação assistencial.

Desta forma, facilita-se a adequação do caso concreto à norma geral na hipótese de ausência de norma específica. Ou ainda, viabiliza-se a ampliação dos comandos normativos aplicáveis, situação a qual o juiz deverá preservá-los, motivando-os.

Podemos afirmar a estabilidade do precedente condicionada à eficácia. Considerando-se o sistema normativo dinâmico, o precedente será obrigatório ou permanecerá obrigatório se funcional.

Ensina, por fim, Osmar Paixão Côrtes, à luz de Saul Brenner e Harold J. Sparth, que justifica o *stare decisis* com fundamentos em: eficiência, continuidade do direito, justiça ou razoabilidade, legitimação e imposição.

3. O INCREMENTO DA RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE: CONTEXTUALIZAÇÃO E OPERACIONALIZAÇÃO DO INSTITUTO NO CPC.

3.1. A CONCENTRAÇÃO DO MODELO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE: A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS E O SURGIMENTO DA RECLAMAÇÃO

A reclamação surge na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sob forte influência da teoria dos poderes implícitos, *implied and inherent powers* norte americano, que, desenvolvida no contexto da fiscalização da constitucionalidade, consagrou de forma rígida a supremacia da Constituição.

Segundo Carlos Maximiliano, a teoria dos poderes implícitos decorre da impossibilidade de o Poder Constituinte fornecer ao jurisdicionado todos os meios idôneos e necessários à consecução da finalidade constitucional. Sobre poderes implícitos elucida:

“Quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever franqueia também, implicitamente, todos os poderes particulares necessários para o exercício de um, ou cumprimento do outro. **É força não seja a lei fundamental casuística, não desça a minúcias catalogando poderes especiais, esmerilhando providências.** Seja entendida inteligentemente: se teve em mira os fins, forneceu meios para os atingir”⁷².

O modelo de controle de constitucionalidade americano é difuso, no entanto, sua funcionalidade se assenta no princípio do *stare decisis*, isto é, no vínculo aos precedentes e na força vinculante das decisões judiciais.

Existe, portanto, uma redefinição da função interpretativa do juiz na aplicação da norma aos casos submetidos sob sua competência jurisdicional de modo tal que uma vez interpretada pelo mais alto dentre os ordinários órgãos judiciários, a interpretação, aplicação ou inaplicabilidade torna-se vinculante a todos os órgãos hierarquicamente subordinados.⁷³

⁷² MAXIMILIANO, Carlos: Hermenêutica e aplicação do direito, Rio de Janeiro, Forense.

⁷³ CAPPELLETTI, Mauro apud Macedo, André, RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL 2007, p. 27-29.

Sob forte influência da doutrina jurídica norte americana, o Brasil adota o sistema de controle judicial de constitucionalidade difuso, incidental e sucessivo (*judicial review*) e a estruturação judicial hierárquica com a Suprema Corte e a Justiça Federal já na Constituição de 1891,⁷⁴ apresentando os primeiros sinais de concentração do modelo de fiscalização na Constituição Federal de 1934.

A Constituição Federal de 1946, no entanto, restabeleceu em sua plenitude o modelo difuso de controle de constitucionalidade, condicionando, ainda, a eficácia *erga omnes* das decisões do Supremo à validação pelo Senado⁷⁵. A regulamentação da reclamação se dá inicialmente por força de Regimento Interno, por força do art. 97, II, CF/46, inserida efetivamente no ano de 1957.

A Emenda Constitucional nº 16 de 1965 instaura o modelo de fiscalização concentrado de constitucionalidade - sem prejuízo do controle difuso - ao prever a competência do STF para processar e julgar, originariamente, a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual apresentada pelo Procurador Geral da República⁷⁶.

Percebe-se, portanto, uma tendência de concentração do modelo de fiscalização de constitucionalidade adotado no Brasil, com a atribuição de eficácia imediata às decisões da Suprema Corte (*erga omnes* e vinculante) em convergência ao *stare decisis*, franqueando ao jurisdicionado a reclamação como instrumento idôneo à manutenção do propósito constitucional⁷⁷.

A Constituição Federal de 1988 adotou o modelo concentrado-principal, difuso-incidental na fiscalização da constitucionalidade ao prever - para além da via iter dos recursos e impugnações (via de exceção) - os procedimentos especiais (via de ação). Ao Poder Constituinte de 1985, restou também a definição quanto a exclusividade do STF em regular e

⁷⁴ SILVA, José Afonso. Direito Constitucional Positivo, 33 ed., Malheiros, 2010, São Paulo.

⁷⁵ Indexação: RECLAMAÇÃO, ATO DO SENADO FEDERAL DE SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DA LEI OU DECRETO, DIREITO PROCESSUAL CIVIL. Reclamação n.º 691, STF proposta contra ato do Senado Federal que manipulou o decidido pela Corte Suprema no momento da suspensão da execução de norma paulista declarada inconstitucional.

⁷⁶ MACEDO, André Puppim. op cit. p.74.

⁷⁷ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar: Recursos para os Tribunais Superiores, p. 22-43

apreciar a reclamação, estendendo ao Superior Tribunal de Justiça em virtude da importância do controle da matéria infraconstitucional.⁷⁸

A Emenda Constitucional nº 03 de 1993 e a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, na esteira da concentração do controle de constitucionalidade, atribuíram efeito vinculante às Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do § 2º do art. 102, CF/88, assegurando eficácia imediata às decisões proferidas nas vias de controle concentrado.

No que se refere ao controle difuso, a tendência de concentração na fiscalização, tal qual no modelo americano, se justifica pelo *stare decisis*, na medida em que a decisão da Corte Suprema não se limitaria apenas em fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Declarada a inconstitucionalidade da norma esta possui eficácia erga omnes, independentemente de resolução do Senado, por força do art. 97, CF/88.⁷⁹

A decisão vinculante, desenvolvida a partir da concentração do modelo difuso de constitucionalidade, não decorre necessariamente do efeito vinculante constitucionalmente previsto, na medida em que a decisão transitada em julgado poderá alcançar eficácia *erga omnes* a depender da lei e do procedimento.

Nesse sentido é o entendimento do STF exarado no julgamento da Rcl. 4.335, 20/03/2014, conforme voto-vista Ministro Teori Zavascki:

“Realmente, ainda que se reconheça que a resolução do Senado permanece tendo, como teve desde a sua origem, a aptidão para conferir eficácia erga omnes às decisões do STF que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de preceitos normativos – tese adotada, com razão, pelos votos divergentes –, isso não significa que tal aptidão expansiva das decisões só ocorra quando e se houver a intervenção do Senado – e, nesse aspecto, têm razão o voto do relator. Por outro lado, **ainda que outras decisões do Supremo, além das indicadas no art. 52, X, da Carta Constitucional, tenham força expansiva, isso não significa, por si só, que**

⁷⁸ Em 1984, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios passa a dispor sobre a reclamação, levada ao Supremo mediante Representação 1.092/DF, que assentou o entendimento sobre a exclusividade do STF reconhecendo contrariedade aos artigos 119, 43 e 8 da CF/67.

⁷⁹ “Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1.252)

seu cumprimento possa ser exigido diretamente do Tribunal, por via de reclamação”.

Desenvolvida no contexto da fiscalização da constitucionalidade, a reclamação se revela instrumento legítimo e eficaz não apenas para afastar a execução ou aplicação de norma contrastante com a Constituição, mas também como meio idôneo a coibir “contrastes de tendências” entre órgãos judiciais, que, em última análise importaria na incerteza do direito - situação perniciosa para a relação entre Estado e indivíduos refletida na isonomia e na segurança jurídica.⁸⁰

O cabimento da reclamação, portanto, não está limitado ao efeito vinculante constitucionalmente previsto e tampouco se limita ao desrespeito a ordem direta emanada pelas Cortes⁸¹.

3. 2. OBJETIVAÇÃO, AUTORIDADE E EFICÁCIA TRANSCENDENTE DAS DECISÕES À LUZ DO *STARE DECISIS* : RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE

A Constituição Federal de 1967 com alteração dada pela EC n 07/1977, passa a dispor sobre a função normativa do Supremo Tribunal Federal. O art. 119 § 3, alínea “c”, CF/67 dispõe a competência do STF em regulamentar os processos e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal via Regimento Interno⁸².

A arguição de relevância da questão federal é procedimento processual específico apartado dos Recursos Extraordinários e se prestaria à concessão do efeito suspensivo (art. 21, IV RISTF). Na medida em que a relevância da questão federal passa também a ser requisito

⁸⁰ O autor contextualiza o controle de constitucionalidade difuso e traz as lições de Cappelletti sobre a situação perniciosa para os indivíduos e para o próprio Estado decorrente da atuação e interpretação dissonante do juiz na aplicação da lei, o que denomina “**contrastes de tendências**”, **evitado no modelo norte americano por força do *Stare Decisis* e pelo vínculo aos precedentes**, tendendo, portanto, à concentração do controle de constitucionalidade. CAPPELLETTI, Mauro apud MACEDO, André Puppim. op cit, p.56

⁸¹ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar, recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada, p 30-44

⁸² PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar, recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada, p 225-229

do Recurso Extraordinário, nos termos do § 1º, art. 119, CF/67, visualiza-se a expansividade da decisão que apreciar violação à lei ou violação à jurisprudência do STF⁸³.

A alínea “o”, inciso I, do art. 119, CF/67 trata da “avocatória irrestrita” e da possibilidade de concessão de medida cautelar a pedido do PGR, com efeito vinculante nos termos do art. 9, RISTF⁸⁴, nos termos que segue:

“as causas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador Geral da República, quando imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”

Também é possível concluir pela expansividade da decisão liminar quando a violação à norma ou à jurisprudência do STF preencher os requisitos para a arguição de relevância. O efeito vinculante, no entanto, concedido à “avocatória irrestrita” é atribuído independentemente de motivação quando deferir a pedido do Procurador Geral da República, nos termos do art. 9 RISTF

A Constituição Federal de 1988 consagrou a Reclamação Constitucional como ação de competência originária do STF (art. 102, I, l, CF/88) e STJ (art. 105, I, f, CF/88), com a finalidade de fazer prevalecer a competência e garantir a autoridade dos entendimentos consolidados pelas Cortes Superiores.

A repercussão geral introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, regulamentada no art. 102, § 3, da Constituição Federal de 1988 e pelo 1.035, § 1, CPC/2015, determina, conceitualmente a necessidade de que a questão seja: “relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos no processo”.

Nesse sentido, a repercussão geral, por uma via, se revela filtro ou triagem para o acesso às Cortes via recurso extraordinário (inclusão por motivação política), por outra, caracterizada a relevância e transcendência da questão constitucional controvertida, extrai-se a

⁸³ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar, recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada, p.225-229.

⁸⁴ RISTF, art. 161: julgando procedente a reclamação, o plenário ou a turma poderá: I - avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de competência”.

expansividade da decisão e a aplicabilidade futura em convergência à função nomofilática da Corte em assegurar unidade do direito em matéria constitucional⁸⁵.

A objetivação e a transcendência das decisões, portanto, não decorre de imposição da norma infraconstitucional ou do código de processo civil vigente; é, senão, uma mudança de paradigma constatada na jurisprudência das Cortes Superiores e que se justifica pela aplicação do *stare decisis* e pelo vínculo aos precedentes.⁸⁶

Performada a autoridade da decisão e sua expansividade assenta-se o cabimento da reclamação após o esgotamento das vias ordinárias independentemente de ordem direta, sobretudo porque o Poder Constituinte de 1985 estendeu o seu cabimento às decisões do Superior Tribunal de Justiça.

O CPC/2015 reafirma o cabimento da reclamação nos termos do art. 988 (LGL/2015/1656) 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 em controle concentrado de constitucionalidade; (iv) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Complementa-se às hipóteses a previsão disposta no inciso II, § 5, art. 988, CPC/2015: (v) garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivo condicionada, no entanto, ao prévio esgotamento das instâncias ordinárias.

A decisão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, também inserto no microsistema de resolução de litigiosidade seriada, tem observância obrigatória aos órgãos vinculados, desde que observado o limite territorial. É instrumento de contingenciamento para o qual o legislador estabeleceu a recorribilidade via recurso extraordinário e recurso especial.

A presunção de repercussão geral assegura o acesso às Cortes Superiores, às quais compete analisar a adequação do mérito à norma, ou, afetar a matéria com vistas a impor o seu entendimento pela via repetitiva. Nesse sentido, legitima-se o cabimento da reclamação à decisão de mérito proferida em IRDR desde que observada à competência territorial.

⁸⁵ PAIXÃO CÔRTES, Osmar: RECURSOS PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES, 4. ed, 2017. p 120-127.

⁸⁶ PAIXÃO CÔRTES, Osmar. op cit, p. 30-43

Consagra-se, portanto, uma noção ampliativa dos instrumentos necessários à tutela jurisdicional efetiva, salvaguardando-se os direitos e garantias constitucionalmente postos ou dela derivados.

3.3. OS LIMITES OBJETIVOS AO EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO EM CONTROLE ABSTRATO

A Emenda Constitucional 45 de 2004 veio também com o propósito de discutir os limites objetivos do efeito vinculante, acentuando divergência quanto à vinculatividade da *ratio* ou vinculatividade da parte dispositiva da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade.

Sobre esse aspecto o STF firmou entendimento sobre a essencialidade ou não dos fundamentos determinantes conjuntamente considerados, os quais compõem a parte dispositiva da decisão, na medida em que esta é, senão, conclusão do julgado, acentuando portanto, a vinculatividade da *ratio decidendi*.⁸⁷

É nesse sentido que deve ser interpretado o Enunciado 168, FPPC⁸⁸:

"Os fundamentos determinantes do julgamento em controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais."

O STF assentou o entendimento de que: "não é possível obter, mediante reclamação, a ampliação de um julgado, sem cunho normativo, a casos pretensamente iguais"⁸⁹. Quanto ao efeito

⁸⁷ Informativos nº 377 e 386, STF; Reclamação 2475, STF: Julgada improcedente pois a maioria dos ministros considerou que o fundamento não era essencial (não vinculante); parte consideraram que era premissa para concluir a inconstitucionalidade, logo vinculante.

⁸⁸ "Para Wambaugh, *ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma. (...) Então é necessário questionar se, caso o tribunal houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma" MARINONI, Luiz Guilherme. Uma Nova Realidade diante do Projeto de CPC. a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. Revista dos Tribunais. vol. 918/2012| p. 351-357| Acr / 2012 DTR\2015\11097.

⁸⁹ Rcl. 371, STF E originariamente competente, o Supremo Tribunal, para processar e julgar "habeas corpus", quando emana a coação de qualquer outro Tribunal (Tribunais de Justiça, de Alçada, de Justiça Militar estadual, Regionais Federais e Superiores da União). Exclui-se apenas, dessa competência, a hipótese em que o pedido originário seja mero substitutivo do recurso ordinário cabível para o Superior Tribunal de Justiça, quando, também a este, competirá o julgamento. Manutenção da solução da questão de ordem, suscitada no HC 67.263 (DJ de 5.5.89).

vinculante das decisões, ensina Gilmar Ferreira Mendes: “São vinculantes as decisões capazes de transitar em julgado. O efeito vinculante se refere ao momento da decisão, alterações posteriores não são alcançadas.”⁹⁰

Da conjugação, é possível concluir que a reclamação se presta a resguardar a competência da Corte ou impor a observância ao seu julgado e a transcendência deste depende, para além da identidade, de “cunho normativo” (decisão vinculante; coisa julgada e eficácia *erga omnes*).

Nesse sentido, não se aplica a *ratio decidendi* para casos em que ausente pertinência temática (autonomização dos fundamentos), situação que importaria na ampliação indevida da *ratio*. vejamos:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de ser incabível reclamação fundada na teoria da transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante. III - O acórdão prolatado na ADI 1.770 não decidiu sobre a possibilidade de empresa pública despedir, ou não, empregado público após sua aposentadoria, nem, caso despedisse, se a consequência seria reintegrar o empregado, ou garantir-lhe as verbas rescisórias. IV - Reclamação julgada improcedente. (Rcl 8168, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 26-02-2016 PUBLIC 29-02-2016);

O STF, ainda sobre a vinculatividade das decisões em controle abstrato, fixou o entendimento de que “*não está vinculado a suas decisões podendo alterar sua jurisprudência, devendo, porém, fixar o momento da alteração*”⁹¹. Isto, pois, o efeito vinculante das decisões em controle de constitucionalidade em abstrato não poderia vincular o próprio STF porque o impediria de rever o entendimento.

A EC 45/2004, ainda, ao atribuir efeito vinculante às ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, não estendeu os efeitos vinculantes ao Senado (art. 102, § 2º, CF/88).

⁹⁰ MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei 9.868 de 10.11.1999, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 338-341.

⁹¹ STF, pleno, ADI 2.675/PE, rel. Min. Carlos Velloso, 2003

Mantido o art. 28 lei 9.868/99⁹², parágrafo único, que dispõe:

“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”.

Tal situação fez emergir entre os poderes aquilo que se denomina “ativismo congressional”, em que determinada lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal poderia ser reformulada por este em procedimento válido, ou seja, passaria a ter efeitos se produzida na forma prevista.

Não se aplica, portanto, a transcendência da *ratio decidendi* à lei reformulada pelo Congresso, sobretudo porque existe uma presunção de que haveria uma nova razão para a confecção da norma previamente considerada inconstitucional, ainda que seja meramente ativismo congressional com fins eleitorais ou desconhecimento⁹³.

A declaração não vincula o legislativo, a aplicação da *ratio*, ainda que a mesma, depende da transcendência dos fundamentos determinantes, porque há uma presunção de uma razão legislativa para a lei nova.

A inaplicabilidade, no entanto, não leva à conclusão que a vinculatividade se restringe à parte dispositiva sem considerar os fundamentos essenciais que levaram à conclusão sobre a (in)constitucionalidade ou é que a vinculatividade é dos fundamentos determinantes em isolado (autonomização).

Sobre o ativismo congressional, consignou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.697, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio:⁹⁴

Há um aspecto que vem se tornando comum: instituições não observam sequer a própria lei interna. Refiro-me ao § 4º do artigo 4º da Resolução nº

⁹² Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

⁹³ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar; PEREIRA, Marco Antonio. A Inconstitucionalidade de leis brasileiras: entre causas e efeitos – Por que o legislador cria tantas leis inconstitucionais. REPRO 313, março 2021.

⁹⁴ Precedentes: ADI 1.717/4.697/4.762. Ainda, a ADI 5.127 de relatoria da Ministra Rosa Weber que assentou “não ser compatível com a Constituição a apresentação de emendas sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida a sua apreciação”.

1/02 do Parlamento, no que preceitua, em bom português, em bom vernáculo, que é "**vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão**" – não vai sequer ao Plenário – "o seu indeferimento liminar". A toda evidência, isso não foi observado no âmbito do Congresso.

Presidente, medida provisória: surgiu em substituição ao decreto-lei, tendo em conta que se marchava para o parlamentarismo, vindo, depois, a ser sacramentada a continuidade do presidencialismo. Incumbência para a edição: é unicamente do Poder Executivo. **O Legislativo pode apreciar requisitos para a edição da medida provisória, a urgência ou a relevância, mas não fazer as vezes do Executivo e, de uma forma travestida, mediante emenda, inovando sobremaneira, como o fez no caso concreto, vir como que a editar verdadeira medida provisória e proceder, a seguir, à conversão. Conversão do inexistente**, porque, na medida provisória formalizada, não se cuidou de tributo, de contribuição de certo segmento, ou seja, contribuição corporativa.

O Procurador-Geral da República opinou pela procedência dos pedidos, em decorrência de vício formal da legislação atacada, notadamente **a inclusão de matéria estranha à medida provisória** em tela por intermédio de emenda parlamentar, objeto da ADI 5.127 (viabilizadora do cabimento de reclamação) de relatoria da Ministra Rosa Weber que assentou “não ser compatível com a Constituição a apresentação de emendas sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida a sua apreciação. ”

No entanto, a Corte deliberou por emprestar eficácia prospectiva (*ex nunc*) para o entendimento firmado nesta ADI, logo a Medida Provisória em questão não apresenta vício de inconstitucionalidade formal, uma vez que a ela não se aplica o efeito jurídico da recente decisão plenária. Incabível, portanto, a transcendência para o reconhecimento da inconstitucionalidade formal em questão.

Sobre a constitucionalidade material, julgou adequada e suficiente a determinação do mandamento tributário no bojo da lei impugnada, por meio da fixação de tetos aos critérios materiais das hipóteses de incidências das contribuições profissionais, à luz da chave analítica formada pelas categorias da praticabilidade e da parafiscalidade. (voto relator)

Situação também em que também não se reconhece a transcendência é visualizada no julgamento da Rcl 22.012, relatoria Min. Dias Toffoli, relator para o Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, julgado pela Segunda Turma em 05/12/2017, publicação 27/08/2018.

Nos termos do voto relator:

“concretização da **revisão da OJ nº 300/SbDI-1 do TST** (ordenada na decisão ora impugnada) terá o potencial de **limitar o conhecimento desta Suprema Corte**, em sede recursal, da matéria referente a requisito de admissibilidade de recurso da competência do TST” (Min Dias Toffoli)

A situação revela, senão, a impossibilidade da Corte conhecer da questão jurídica articulada na reclamação em razão da independência da matéria consignada na Orientação Jurisprudencial do TST por força do art. 96, CF/88 cumulado aos artigos 21, LOMAN e 896, CLT.

O art. 8º, § 2º, da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017, prescreve que “súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”.

Sobre a carga normativa de enunciado sumular na Justiça do Trabalho, ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior nos termos de Paulo Hamilton Siqueira Júnior⁹⁵:

“a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, fonte interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito. No caso de criação normativa *praeter legem*, quando se suprem lacunas e se constituem normas gerais, temos antes um caso especial de costume. Restariam, talvez, como exemplos de fonte genuinamente jurisprudencial, alguns casos de decisões *contra legem* que existem, sobretudo na área do Direito do Trabalho; este, por sua natureza específica, voltada não tanto à regulação de conflitos, mas a uma verdadeira proteção ao trabalhador, permite a constituição de normas gerais com base na equidade”

⁹⁵ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Teoria do Direito. 5 ed. Saraiva, 2019.

No caso em comento, o TST por meio da **Resolução 8/2005, CSJT** expandiu indevidamente a *ratio decidendi* das ADI 4.357/DF e ADI 4.425/DF, ao declarar inconstitucionalidade por arrastamento do art. 39, da Lei 8.177/91. Da ampliação indevida, afastou-se a aplicação da TR como índice de correção monetária nos débitos trabalhistas, determinando-se a utilização do IPCA-E a todos os cálculos submetidos à Justiça do Trabalho (tabela única), questão que não foi objeto de deliberação do Supremo Tribunal Federal.

Na medida em que o TST atuou dentro dos limites de sua competência, a quem compete também a declaração de inconstitucionalidade na via difusa, e por haver declarado inconstitucional matéria a qual a Suprema Corte não decidiu estritamente (expansão indevida da *ratio*), inexistente para fins de reclamação aderência estrita da decisão reclamada aos acórdãos proferido nas ADIs.

Nesse sentido, a reclamação não se presta a sucedâneo recursal, devendo a matéria declarada inconstitucional ser levada ao Supremo Tribunal Federal pela via recursal. Nesse sentido, concluíram os Ministros por maioria de votos pela improcedência da Reclamação pela ausência de aderência estrita.

4. O DESCOMPASSO EVOLUTIVO: O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 36.476-SP (2018/0233708-8) - STJ.

A renitência ao uso da reclamação como instrumento de controle à disposição do jurisdicionado é evidenciada nas jurisprudências das Cortes Superiores, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento do AgRg na Rcl 8264/RN o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ausência de caráter vinculante à decisão tomada no repetitivo, pois “*as orientações emanadas em recursos especiais repetitivos não detêm força vinculante ou efeito erga omnes, não autorizando, por si só, o ajuizamento da reclamação constitucional contra decisão judicial que venha a contrariá-las*”⁹⁶. A negativa se dá, senão, pelo não reconhecimento da eficácia transcendente das decisões em repetitivos.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a Reclamação nº 17.512/SP, consignou que: “*as decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, ainda que em repercussão geral, não geram efeitos vinculantes aptos a ensejar o cabimento da reclamação, que não serve como sucedâneo recursal*”⁹⁷.

Vê-se que a Corte Suprema difere o cabimento da reclamação nas situações as quais a Constituição Federal atribui efeito vinculante, das situações as quais a eficácia expansiva das decisões está relacionada ao *stare decisis* e ao vínculo aos precedentes. Sendo a reclamabilidade desta última condicionada ao esgotamento das vias ordinárias⁹⁸.

O descompasso evolutivo atingiu o ápice com o julgamento da Reclamação nº 36.476 - SP (2018/0233708-8) pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, ao fixar a tese, por maioria de votos, de que as modificações trazidas pela Lei 13.256/2016 ao artigo 988, CPC, revela, senão, a intenção legislativa em pôr fim à Reclamação dirigida ao STJ e ao Supremo Tribunal Federal (STF) para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas.

As razões do julgado, em boa parte, já foram enfrentadas neste artigo científico.

⁹⁶ STJ, AgRg na Rcl 8264/RN, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Segunda Seção. DJ 26.08.2014

⁹⁷ STF, Reclamação nº 17.512/SP. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma. DJ de 25/09/2014

⁹⁸ O STF nega eficácia expansiva aos recursos extraordinários sob regime de repercussão geral com fundamento no art.543, inciso II do § 7, CPC/73

O entendimento não subsiste no atual diploma, sobretudo porque o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do Agravo Regimental na Reclamação 26.874/SP, relatoria do Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, em 12.11.2019, consignou:

“A erronia na observância de pronunciamento do Supremo formalizado, em recurso extraordinário, sob o ângulo da repercussão geral, enseja, esgotada a jurisdição na origem considerado o julgamento de agravo, o acesso ao Supremo mediante a reclamação”.

O artigo 1.030, I, alíneas a e b, CPC/2015, equipara, para fins de negativa de seguimento, os recursos repetitivos e o recurso extraordinário sob regime de repercussão geral, ainda que se discuta a expansividade das decisões em especial repetitivo face às exaradas em repercussão geral. Nesse sentido, a aplicabilidade futura é autorizada inclusive monocraticamente.

Delegada a competência quanto à admissibilidade dos recursos excepcionais aos tribunais locais, não haveria outra razão para desconsiderar a vinculatividade dos acórdãos proferidos pela sistemática de repetitivos, na medida em que a recorribilidade destes se dá via agravo interno (art. 1.021, CPC/2015), órgão incompetente para apreciar o mérito da questão jurídica suscitada, limitando-se, portanto, a sanar eventual aplicação equivocada pelo relator.

Para além do 1.030, CPC/2015, reforça o cabimento da reclamação em repetitivos o próprio reconhecimento ao paralelismo das demandas repetitivas, sobretudo porque a legitimação para o cabimento da reclamação em IRDR decorre da possibilidade de revisão da decisão de mérito do incidente pela Corte Superior pela via repetitiva, ou ainda, da possibilidade de adequação do julgado pela via recursal.

É nesse sentido o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

“O IRDR possibilita que questões de direito repetitivas possam ser identificadas quando ainda em curso no primeiro grau e solucionadas pelo tribunal local ou regional, antes de o mencionada tema eventualmente chegar ao Superior Tribunal de Justiça em recurso especial repetitivo, único mecanismo existente para julgamento de matéria repetitiva antes do advento do novo Diploma Processual.”

(...) “Essa exegese pode ser extraída dos dispositivos legais que disciplinam o instituto. O art. 976, § 4.º, do Código de Processo Civil estabelece ser fato impeditivo à instauração do IRDR nos tribunais locais a seleção de recursos especiais ou extraordinários repetitivos pelo STJ ou pelo STF, exatamente para preservar a competência das mencionadas Cortes Superiores na fixação de precedentes obrigatórios dentro de mecanismos próprios com o mesmo objetivo de uniformizar a aplicação do direito.” **AgInt na Pet 11.838 - MS (2016/0330305-6), Relatora Ministra LAURITA VAZ. DJe: 10/09/2019.**

O art. 966, V, §5º CPC/2015 (LGL\2015\1656), ainda, expressamente reconhece para fins de cabimento de ação rescisória, que os acórdãos proferidos em julgamentos de casos repetitivos integram o conceito de norma jurídica. Não seria, portanto, compensação legislativa a possibilidade da superveniência de trânsito em julgado de decisão que subverta a autoridade e hierarquia das decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, f, CF/88).

Na medida em que integram o conceito de norma jurídica, o esgotamento das vias ordinárias também se dá por força do art. 109 ,V, § 5º, CF/88 , que limitou a advocatária irrestrita vigente na constituição pretérita.

Nesse sentido, ao dispor sobre o esgotamento, o legislador - distinguindo as decisões com efeito vinculante constitucionalmente previsto destas decorrentes do *stare decisis* - formalmente reconhece a eficácia expansiva das decisões em repetitivos⁹⁹.

O artigo 105, III, alínea c, CF/88 ao dispor o cabimento do recurso especial quando a decisão recorrida “*der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*”, não apenas confere ao Superior Tribunal de Justiça a função de unificar a interpretação da lei federal infraconstitucional, mas também a autorização para, via reclamação, impor o seu entendimento¹⁰⁰.

A decisão em questão, no entanto, revela a consolidação de entendimentos decorrentes do uso inadequado da reclamação, acentuando o desvirtuamento do propósito da Corte. Buscando a compreensão do julgado, faz-se necessário um estudo sobre a utilização deste instrumento em convergência à racionalização normativa.

⁹⁹ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar: Recursos para os Tribunais Superiores, p.31

¹⁰⁰ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar: op cit. p. 142-151; p. 43

Nesse sentido, o presente trabalho passará a discutir alguns dos óbices declarados pelas Cortes Superiores com a finalidade de assentar alguns critérios objetivos para a operacionalização da reclamação.

5. O USO DA RECLAMAÇÃO DE FORMA CONVERGENTE À RACIONALIZAÇÃO NORMATIVA: CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA INSTRUMENTALIZAÇÃO.

5.1 VINCULATIVIDADE, FUNDAMENTAÇÃO E RECORRIBILIDADE DA DECISÃO.

O artigo 489, CPC/2015 (LGL\2015\1656) esmiúça o dever de fundamentação das decisões judiciais, garantia constitucional (art. 93, X, CF/88) e, ao mesmo tempo, um instrumento de controle da jurisdição em que a efetividade se atesta também pela capacidade das partes em se conformar que a solução apresentada é justa, correta e verídica (em conformidade com a lei e as provas), afastando-se o arbítrio e inferências incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Os incisos V e VI, do art. 489, CPC/2015 (LGL\2015\1656) dispõe o dever de fundamentação quando o magistrado ou as partes invocarem precedentes, seja para fins de distinção ou aplicação sob pena de nulidade da decisão.

O inciso não trata do enfrentamento dos fundamentos jurídicos já deduzidos e esgotados na decisão paradigma, mas da evidenciação destes para - observando-se a limitação fática na aplicação do precedente - qualificá-los; e desse modo, garantir segurança jurídica e efetividade à decisão que se anuncia ao caso concreto sob pena de nulidade por ausência de motivação¹⁰¹.

Uma vez invocado o precedente a observância será obrigatória nos termos do art. 927, CPC, de tal modo que o magistrado não poderá deixar de aplicá-lo¹⁰².

Ao aplicar o precedente, o magistrado deverá extrair a carga normativa da decisão atentando-se à soma dos fatores relevantes aos fundamentos jurídicos determinantes, assim considerados todos os argumentos indispensáveis à construção do raciocínio a culminar no

¹⁰¹O art. 489, §1º, IV não trata especificamente do enfrentamento dos fundamentos, tão somente do dever de identificar a *ratio* para estabelecer a correlação fática e jurídica ao invocar um precedente (todo e qualquer precedente, um dever geral). A observação é importante, pois, o artigo trata genericamente de “súmulas” e “precedentes”.

¹⁰² KOEHLER, Frederico. O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES E O INCREMENTO DA EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: APLICAR A RATIO DECIDENDI SEM REDISCUUTI-LA. Revista de Processo | vol. 258/2016 | p. 341-356| Ago / 2016 DRT\2016\22287.

julgamento da tese, objetivamente considerada, aplicando a *ratio decidendi* aos casos em que houver identidade¹⁰³.

Objetivamente considerada, na medida em que o tribunal não está limitado à decisão de afetação, tampouco às alegações das partes, inclusive porque é permitida a intervenção especial do *amicus curiae*.

Busca-se com o julgamento, portanto, a efetiva amplitude, pluralidade e representatividade no julgamento aptos à conformação das partes que se submetem, legitimando, deste modo, o procedimento e a transcendência da decisão.

Por uma via, busca-se a democratização e legitimação do procedimento, por outra, extrai-se do próprio julgamento a expansividade da *ratio decidendi*.

Invocado o precedente, abrem-se duas vias para discussão: (i) distinção inconsistente - expansão ou constrição indevida da *ratio decidendi* por órgão incompetente, incluída a superação; ou (ii) nulidade por carência de motivação, na medida em que invocado a observância é estrita nos termos do art. 927, CPC/2015.

Na medida em que a vinculatividade se extrai do exercício da função jurisdicional e a transcendência legitimada pelo procedimento e pela lei, o questionamento quanto aos fundamentos se dá na via recursal¹⁰⁴.

Não se presta a reclamação para afastar fundamentos determinantes ou questionar a aplicação destes ou quaisquer outros fundamentos, na medida em que a vinculatividade é da *ratio decidendi*. Reclama-se, portanto, a aplicação da *ratio decidendi*, preservando-se a autoridade da decisão.

A essencialidade dos fundamentos compõe a *ratio decidendi*, *contrario sensu* uma proposição de direito que não integra a *ratio* é considerada *obiter dictum*. Para compreender o significado de *obiter dictum*, portanto, indaga-se sobre a necessidade ou não de seu enfrentamento a fim de se chegar à conclusão do julgado¹⁰⁵.

¹⁰³ É relevante a definição proposta por Rupert Cross, em seu conhecido *Precedent in English Law*, no sentido de que a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada. MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. 2012.

¹⁰⁴ PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar, recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada, p 161

¹⁰⁵ CROSS, Rupert apud MARINONI, Luiz Guilherme. op cit. 2012.

Na medida em que fundamentação paradigmática dissonante é considerada *obiter dictum*, transpondo-a para o momento da aplicação, a fundamentação divergente, indevidamente expansiva ou constrictiva da *ratio*, é também *dicta* (aplicação com ressalvas). No entanto, poderá ser considerada pela Corte competente, para, revendo a decisão, redefinir o espectro de vinculatividade do precedente e o alcance da *ratio decidendi* na forma do art. 927, §§ 2 e 4, CPC/2015.

Nesse sentido, objetivamente considerando, a recorribilidade (via recursal) da aplicação equivocada de precedentes deve ser feita de modo a isolar a fundamentação do magistrado, sobretudo porque sobre os fundamentos determinantes da decisão paradigma incide o art. 979, CPC/2015.

Do mesmo modo, uma vez considerada a vinculatividade da *ratio decidendi*, a distinção na própria reclamação encontra óbices, tendo o julgado considerado pela inadequação da via eleita.

Na distinção a reclamação caberá na inconsistência, se dela resultar - sem a possibilidade de sanar previamente na via recursal - ampliação ou constrição indevida da *ratio decidendi*, situação na qual o magistrado invade a competência da Corte que prolatou a decisão paradigmática.

5.2. NATUREZA DA RECLAMAÇÃO: SUCEDÂNEO DE RECURSO, SUCEDÂNEO DE RESCISÓRIA E VEDAÇÃO *PER SALTUM*.

A reclamação é ação fundada no direito de que a resolução seja pronunciada por órgão competente ou no direito à eficácia da decisão já pronunciada por quem tinha competência para fazê-la, sem óbices indevidos, eliminando-se ou elidindo-se os estorvos que se antepõem, põem ou se pospõem à autoridade da decisão ou competência para decidir¹⁰⁶.

Não se confunde com o exercício do direito de petição previsto no art. 5ºXXXIV, a, CF/88, na medida em que instaura um novo processo, autônomo, provoca-se a jurisdição, por meio dela se pede uma tutela jurisdicional e existe resistência qualificada à pretensão de

¹⁰⁶ PACHECO, José da Silva. op cit.

salvaguardar a competência e autoridade do pronunciamento de quem tinha competência para fazê-lo.¹⁰⁷

Aproxima-se, pois, das ações mandamentais e consagra os elementos essenciais da ação: partes, causa de pedir e pedido, permitindo, inclusive, a reclamação promovida por assistente¹⁰⁸.

A causa de pedir da reclamação se assenta na invasão ou desobediência e os pedidos devem ser formulados com vistas a preservar a competência da corte ou preservar a autoridade da decisão com a imposição da decisão paradigma ao caso concreto.

Conforme ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, o recurso é: “*remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou integração de decisão judicial que se impugna.*”¹⁰⁹

Sendo assim, a reclamação não tem efeito rescindente, portanto, não se presta a anular e devolver a matéria. Do mesmo modo, não reforma ato, não integra e nem esclarece a decisão reclamada, sob pena de ser considerada sucedâneo de recurso.

Quanto à vedação *per saltum*, esta decorre da impossibilidade de avocação de competência pela Corte Superior, considerando-se a via idônea para a sanabilidade o recurso, razão pela qual também exige-se o esgotamento das vias ordinárias.

Se do ato do juiz cabe recurso, não há que se falar em reclamabilidade¹¹⁰. A reclamabilidade tem assento porquanto perdurar os efeitos da decisão. É, portanto, prevista quando inexistir recurso com efeito suspensivo. Do mesmo modo, não cabe reclamação após o trânsito em julgado da decisão reclamada.

É nesse sentido a Súmula 734, STF: Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do **Supremo Tribunal Federal**.

Ocorre que o CPC/2015, ao regulamentar o efeito suspensivo dos recursos, possibilitou a concessão à pedido independentemente de efeito *ope legis*. Nesse sentido, a

¹⁰⁷ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro apud MACEDO, André Puppim.

¹⁰⁸ Supremo Tribunal Federal. Rcl 29621 AGR / MT

¹⁰⁹ MOREIRA, Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 233

¹¹⁰ MIRANDA, Pontes apud MACEDO, André Puppim, op cit. p.174.

doutrina remete à leitura do § 6, art. 988, para considerar que havendo invasão ou desobediência, caberá recurso especial ante a contrariedade ao artigo 927, potencialmente ao 1.030, art. 489, dentre outros do CPC/2015.

Ainda que a inadmissibilidade não impeça o conhecimento da reclamação, é condição *sine qua non* que haja o efetivo esgotamento das instâncias ordinárias, de tal modo que o recurso especial não poderá implicar em reexame, sob pena de ser considerada a reclamação sucedâneo de rescisória.

Considerando-se a reclamabilidade decorrente de ordem direta, em que o reclamante foi parte (assistente), esta independe de recurso. Por fim, caberá reclamação em cumprimento, se a desobediência ou invasão emergir do juízo no cumprimento.¹¹¹

A inércia das partes ou juízo em invocar precedentes não é passível de reclamação uma vez que caracteriza sucedâneo de rescisória. Uma vez invocado, a reclamação somente tem assento após efetivamente buscada a sanabilidade na via recursal.

¹¹¹ STF, Rcl 8.997, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Dje 03/04/2012

6. CONCLUSÃO

Depreende-se da exposição de motivos do Código de Processo Civil a intenção legislativa em, preservando a efetividade na tutela jurisdicional nos termos do art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, CF/88, fornecer a via instrumental adequada para a solução de conflitos, salvaguardando-se os direitos e garantias constitucionalmente postos ou dela derivados.

A racionalização normativa em repetitivos acolhe a objetivação com vistas a garantir estabilidade, coerência e integridade ao sistema de justiça e ao mesmo tempo assegurar o acesso à justiça substancial ante a redução do volume de processos com idêntica questão controvertida (plurindividual) submetida à jurisdição.

Preserva-se a funcionalidade da norma processual e, por decorrência lógica, preservam-se também os direitos e garantias assegurados na norma de direito material. Nesse sentido, a racionalização procedimental tem dimensão quantitativa e qualitativa.

O exercício da atividade jurisdicional em repetitivos, legitimado pelo contraditório participativo e pelo interesse institucional, aqui representado pela interveniência especial do *amicus curiae*, assegura justa solução à lide independentemente da participação ativa dos sujeitos que se submetem à decisão.

O incremento à reclamação decorre da racionalização normativa em fornecer os meios adequados e necessários à tutela jurisdicional efetiva, coibindo “contrastes de tendências”, que em última análise importa em risco institucional na medida em que compromete a organicidade e confiabilidade do próprio sistema de justiça.

A renitência ao cabimento da reclamação em repetitivos representa, senão, a negativa de eficácia expansiva às decisões, distorção que compromete a efetividade na tutela jurisdicional e conseqüentemente o ganho de celeridade decorrente de sua aplicabilidade futura (reflexos).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo, São Paulo, Companhia das Letras, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. “AMICUS CURIAE: Uma Homenagem a Athos Gusmão Carneiro”, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/005.pdf>

BUENO, Cassio Scarpinella. MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 6 ed., Editora Saraiva, 2020.

BOBBIO, Norberto. DA ESTRUTURA À FUNÇÃO: Novos Estudos de Teoria do Direito, Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento jurídico, São Paulo, Martins Fontes, 2010

CÔRTEZ, Osmar Paixão: A OBJETIVAÇÃO DO PROCESSO E O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DO PÓS-POSITIVISMO, REVISTA REPRO RT 251, 2016.

CÔRTEZ, Osmar Paixão. A RECLAMAÇÃO NO NOVO CPC - FIM DAS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES AO CABIMENTO?. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 7/2018 | | Revista de Processo | vol. 244/2015 | p. 347 - 358 | Jun / 2015 DTR\2015\9711

CÔRTEZ, Osmar Paixão. NATUREZA E EFEITOS DA DECISÃO EM RECURSO REPETITIVO: UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAR A OBSERVÂNCIA À TESE FIRMADA NA DECISÃO PARADIGMA. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 7/2018 | | Revista de Processo | vol. 273/2017 | p. 403 - 452 | Nov / 2017 DTR\2017\6552.

CÔRTEZ, Osmar Paixão. RECURSOS PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES, 4 Ed, Gazeta Jurídica, Brasília, 2017.

CÔRTEZ, Osmar Paixão. RECURSOS REPETITIVOS, SÚMULA VINCULANTE E COISA JULGADA, Gazeta Jurídica, Brasília, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 9ª Edição, Malheiros, 2017.

HEGEL, GFW. Filosofia da História, Lisboa, Guimarães, 2000.

HEGEL, GFW. Princípios da Filosofia do Direito, Lisboa, Guimarães, 2000.

KELSEN, Hans. A Democracia. 2.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES E O INCREMENTO DA EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: APLICAR A *RATIO DECIDENDI* SEM REDISCU-TI-LA. Revista de Processo | vol. 258/2016 | p. 341-356| Ago / 2016 DRT\2016\22287.

MACEDO, André Puppín. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: Instrumento de Garantia da Efetividade dos Julgados e da Preservação da Competência do Supremo Tribunal Federal, PUC/SP, 2007, disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7701/1/Andre%20Puppín%20Macedo.pdf>

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma Nova Realidade diante do Projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. Revista dos Tribunais. vol. 918/2012| p. 351-357| Acr / 2012 DTR\2015\11097.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei 9.868 de 10.11.1999, São Paulo: Saraiva, 2001

MAXIMILIANO, Carlos: Hermenêutica e aplicação do direito, Rio de Janeiro, Forense, 200.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro: O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Revista de Processo | vol. 243/2015 | p. 283-331 | Maio / 2015 DTR\2015\7913

SILVA, José Afonso. Direito Constitucional Positivo, 33 ed., Malheiros, 2010, São Paulo

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Teoria do Direito. 5 ed. Saraiva, 2019.

THEODORO JR, Humberto. “Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil – Demandas repetitivas”. Revista de Processo, REPRO, Vol. 255, (Maio 2016), Direito Jurisprudencial

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A constituição do campo de análise e pesquisa da antropologia jurídica. São Paulo, v. 51, p. 10-25, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários ao Código de Processo Civil (coord), Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CARGA NORMATIVA DAS DECISÕES DO JUIZ E SUAS CONSEQUÊNCIAS INEXORÁVEIS, Revista dos Tribunais | vol. 1000/2019 | p. 465 - 489 | Fev / 2019 DTR\2019\23663.

ANEXOS

ANEXO I - RECLAMAÇÃO 5.082-DF, AgR . DJ 4/5/2007 - STF.

ANEXO II - RECLAMAÇÃO 36.476-SP (2018/0233708-8) - STJ.