
A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O SISTEMA DE PRECEDENTES

THE DOCTRINE OF TRANSCENDENT DETERMINANT RATIO DECIDENDI AND THE PRECEDENT SYSTEM

Bruno Augusto Sampaio Fuga*

RESUMO

A teoria da transcendência dos motivos determinantes e sua relação com o sistema de precedentes no direito brasileiro é o *tema* do presente artigo, cujo *objetivo* é apresentar uma breve evolução sobre a referida teoria e sua relação com o sistema de precedentes. Na sequência do artigo, o *objeto* de estudo consiste em ampliar o escopo da referida teoria, além de apresentar estudo de sua relação com o cabimento da reclamação. Destaca-se também a relevante diferenciação apresentada no presente artigo entre motivos determinantes (*ratio*), o *dispositivo* e *tese* de um precedente, tendo em vista que a diferença apresentada destes institutos impacta significativamente na estrutura do sistema de precedentes. *Justifica-se* o presente estudo na medida em que os temas “precedentes” e a força vinculativa das decisões ganham grande relevância no ordenamento jurídico diante do atual Código de Processo Civil.

Palavras-chave: precedentes; reclamação; direito jurisprudencial; força vinculativa das decisões; teoria da transcendência dos motivos determinantes.

146

ABSTRACT

The theme of this article is the doctrine of transcendence of ratio decidendi and its relationship with the precedent in Brazilian law. The idea is to present a brief evolution of this theory and its relationship with the system of precedents. In the sequence of the article, the study will broaden the scope of this theory, and present an analysis of its relationship with the applicability of the petition called “reclamação”. We should also highlight the relevant differentiation presented in this article between determining reasons (*ratio*), the outcome of the decision and the thesis of a precedent, considering that this difference between these institutes has a significant impact on the structure of the precedent system. This study can be justified to the extent that the theme of “precedents” and the binding effect of rulings becomes very relevant in the legal system in face of the current Civil Procedure Code.

Key-words: precedents; claim. case law; binding force of decisions; the doctrine of transcendent determinant ratio decidendi.

* Advogado e Professor. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP (2020). Pós-doutorando pela USP. Membro titular efetivo da Academia de Letras de Londrina. Mestre em Direito pela UEL (linha de Processo Civil). Pós-graduado em Processo Civil (2009). Pós-graduado em Filosofia Jurídica e Política pela UEL (2011). Graduado em Direito pela Unifil. Coordenador e fundador da Comissão de Processo Civil da OAB/Londrina; atualmente é vice coordenador da Comissão. É Coordenador da Comissão de Processo Constitucional da OAB/Londrina. Foi coordenador da pós-graduação em Processo Civil do IDCC Londrina (2018/2022). Coordenador do Grupo de Pesquisa em Processo Civil do IDCC. É membro da ABDPro, IDPA e IBPD. Conselheiro da OAB Londrina/PR. Editor chefe da Editora Thoth. E-mail brunofuga@brunofuga.adv.br



SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A TEORIA DOS TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. 2.1 O que são motivos determinantes? 2.2 O que é transcendência? 3 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ATUAL ENTENDIMENTO DO STF. 4 A NECESSIDADE DE PENSAR A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NÃO APENAS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. 5 CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO PELA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES EM OUTROS TIPOS DECISIONAIS. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. AFINAL, APLICA-SE A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES? REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Os *motivos determinantes* de um precedente (refere-se ao termo precedente adiante sempre de forma geral) têm força vinculativa obrigatória, ou seja, os *motivos determinantes* são aptos a *transcenderem* ao ponto de, se violados, darem cabimento ao ajuizamento de reclamação?

147

Depara-se com a teoria da transcendência dos motivos determinantes, inicialmente discutida no ordenamento jurídico brasileiro no controle concentrado de constitucionalidade, e se questiona a sua relação com o uso de forma geral em outros tipos decisoriais. Teria ela (a teoria) relação com os precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, seria possível cogitar o uso da teoria da transcendência dos motivos determinantes para fins de cabimento de reclamação *em outros tipos decisoriais* previstos no Código de Processo Civil de 2015.

Verifica-se, no decorrer do artigo, que parcela da doutrina defende o cabimento da teoria da transcendência dos motivos determinantes por ter o legislativo se referido ao termo “tese” no dispositivo legal (em especial art. 988, §4º). Questiona-se, assim, o que faz um precedente ter *força vinculativa*: seus motivos determinantes (*ratio*), o dispositivo ou sua tese?

Inevitável no presente artigo foi, portanto, discorrer sobre as diferenças entre motivos determinantes (*ratio*), o *dispositivo* e a *tese* de um precedente. Além disso, discorrer sobre a reclamação, pois, como se observa à frente, tem ela fina ligação com a força vinculativa dos precedentes.



De tal modo, o presente artigo apresenta estudo sobre a teoria da transcendência dos motivos determinantes, com vista a aplicar seu cabimento para outros tipos decisoriais e indicar eventuais compatibilidades e incompatibilidades na prática processual.

2 A TEORIA DOS TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Independente de tradição jurídica¹, *civil law* ou *common law*, há aplicação de precedentes (em maior ou menor grau, a depender da tradição), pois é inegável que decisões do passado possam criar referências, força vinculativa, dever de diálogo, respeito pelo passado, pensar em igualdade na aplicação dos casos e em pensamento por *analogia*².

¹“*Tradição jurídica*” é o termo adotado por Merryman e Pérez-Perdomo em contraposição ao termo “sistema jurídico”. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2009, p. 21.

² Em especial sobre o termo analogia, destaca-se que “a regra do *stare decisis* faz que os juízes raciocinem por *analogia*, porque o princípio de que casos semelhantes devem ser decididos da mesma forma envolve a extensão analógica da decisão em um caso anterior”. Assim em CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Clarendon Law Series. Clarendon Press. 1991, p. locais do Kindle 631. Sobre o tema: “Legal scholars have indeed written extensively about analogy (Ashley, 1990; Brewer, 1996, Hunter, 1997; Levi, 1949; Sunstein, 1993, Weinreb, 2005), because the use of analogies to past cases is a common feature of legal argument. (grifo nosso)” “Os juristas escreveram extensivamente sobre analogia (Ashley, 1990; Brewer, 1996, Hunter, 1997; Levi, 1949; Sunstein, 1993, Weinreb, 2005), porque o uso de analogias a casos passados é uma característica comum da argumentação legal. (tradução livre).” SCHAUER, Frederick. *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy*. August 2007, p. 4.

Afirmando que *todos os países adotam a prática de respeito aos precedentes* Michele Taruffo, Pavia e Massimo la Torre, Florence, *Precedent in Italy*. In: *Interpreting Precedents: A Comparative Study (Applied Legal Philosophy)* (p. vii). Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Taylor and Francis. 1997 (Published 2016 by Routledge). Edição do Kindle.

Sobre o tema: “The body of precedents available for consideration in any legal setting represents, at its best, an accumulation of wisdom from the past.” “O conjunto de precedentes disponíveis para consideração em qualquer ambiente legal representa, na melhor das hipóteses, um acúmulo de *sabedoria do passado*.” (tradução livre e grifo nosso) D. NEIL MacCormick, Edinburgh and Robert S. Summers, Ithaca, Introduction. In: *Interpreting Precedents: A Comparative Study (Applied Legal Philosophy)* (p. vii). Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Taylor and Francis. 1997 (Published 2016 by Routledge). Edição do Kindle.

Afirmando que o respeito aos precedentes não é e nunca foi exclusividade do *common law* MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *La tradición jurídica romano-canónica* [...]. 2015, p. 34 e ss; KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. [...] 2015, p. 80; ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: [...] 2017, p. 96; SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law* [...], 1999, p. 51.

Sobre o tema: “The present work shows the doubt to be groundless. Here it is shown that precedent counts for a great deal in civilian systems.” “O presente trabalho mostra que a dúvida é infundada. Aqui, mostra-se que o *precedente conta muito em sistemas civis*.” (tradução livre, grifo nosso). D. NEIL MacCormick, Edinburgh and Robert S. Summers, Ithaca, Introduction. In: *Interpreting Precedents*: [...]. 1997 (Published 2016 by Routledge). Edição do Kindle.

Taruffo afirma que o núcleo do precedente é formado por dois elementos essenciais: a *ratio decidendi* e a *analogia* entre os casos (anterior e o sucessivo). TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: [...], 2013.

Também em “*ratio decidendi*, depende, en gran medida, de la interpretación del precedente realizada por *el juez del caso sucesivo*, lo que introduce un irreductible elemento ulterior de *variabilidad*” (grifo nosso). TARUFFO, Michele. *Dimensiones del precedente judicial*. [...], 1994, p. 10)



Assim, mesmo com diferentes perspectivas e força vinculativa, toda *tradição jurídica* deve pensar na aplicação e força de seus precedentes.

Essa, portanto, não é uma complexidade posta à prova. A dificuldade é qualificar qual a *força gravitacional*³ dos precedentes. O que torna vinculativo, com qual grau de vinculação e em que dimensão os precedentes precisam ser pensados.

Nessa perspectiva, a *teoria da transcendência dos motivos determinantes* tem sua relevância. Entendê-la é de grande importância para aplicar o atual sistema de precedentes, imposto pelo Código de Processo Civil de 2015, inclusive a força vinculativa dos tipos decisórios, o que torna vinculativa (se fundamento, dispositivo ou tese), e, assim, melhor compreender o atual cenário processual.

Deste modo, segue-se explicando o tema e a *teoria da transcendência dos motivos determinantes*.

2.1 O que são motivos determinantes?

Para didaticamente explicar o tema, entende-se por bem dividir o termo em dois. Primeiro, o que são “motivos determinantes” e depois o que é “transcendência”.

O núcleo importante de uma decisão pode ser conceituado como *ratio decidendi*⁴, mas partes não essenciais da decisão podem ser denominadas *obiter dictum*. Assim, o núcleo central de uma decisão seria sua *ratio decidendi*.

³Termo utilizado por DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. [...], 2010.

⁴O termo *ratio decidendi* foi utilizado pela primeira vez por Austin em *Lectures on jurisprudence* em 1830 - ver em AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence*. New York, Henry Holt and Company, 1875. “*Obiter dictum*. Words of a prior opinion entirely unnecessary for the decision of the case.” (grifo nosso). “*Obiter dictum*. Palavras de opinião prévia totalmente desnecessárias para a decisão do caso” (tradução Ivire). *Black's Law dictionary*. Revised Fourth Edition. West publishing Co. 1968, p. 1222.

Ver sobre em POMORSKI, Stanislaw. *American common law and the principle nullum crimen sine lege*: Edition 2. Walter de Gruyter. 1975; CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Clarendon Law Series. Clarendon Press. 1991; DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press. Edição do Kindle. 2008; SHANNON, Bradley Scott. Overruled by Implication. *Seattle University Law Review*. Vol. 33, 2009; SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England, 2009. Edição do Kindle.



Destaca-se que o STF já adotou o termo “motivos determinantes”⁵ ou “razões de decidir”⁶ e, o STJ, “motivos determinantes”⁷. A terminologia foi adotada quando as cortes superiores quiseram se referir a *ratio decidendi* dos casos analisados.

O Código de Processo Civil de 2015 trata o tema como “fundamentos determinantes”⁸ ao discorrer no art. 489, §1, inciso V, afirmando ser necessário ao julgador identificar os “fundamentos determinantes” para invocar precedente ou enunciado de súmula no julgamento de casos⁹. Entende-se que essa foi a melhor tradução para *ratio decidendi* encontrada pelo legislador e, com isso, exigiu do julgador a análise dos *motivos determinantes (ratio decidendi)* dos precedentes para fundamentar seus julgados.

Conexo ao tema, pode-se afirmar que a súmula (vinculante ou não) deve conter os *motivos determinantes* dos precedentes que deram origem à súmula, ou seja, deve ser o reflexo da sua *ratio decidendi* do julgado (assim também a “tese” fixada ao final do julgamento), porém a crítica é que a súmula passa a valer pelo seu *conteúdo genérico*, não pelos motivos determinantes que embasam a decisão¹⁰.

150

⁵STF, A G. REG. na Reclamação 5.216/Pará. ¹

⁶STF, A G. REG. no recurso extraordinário 630.705/MT

⁷STJ, EDcl no mandado de segurança nº 15.920/DF (2010/0211586-9)

Sobre o tema, veja, por exemplo, que no sistema inglês a *ratio decidendi* de cortes superiores têm força de lei, assim CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Clarendon Law Series. Clarendon Press. 1991.

⁸ Entende-se que são sinônimos: *fundamentos determinantes* e *motivos determinantes*

⁹ Assim também fez o legislador ao positivizar o art. 979, §2º: “A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, *os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.*” Adiante são feitas considerações ao referido artigo.

¹⁰ Veja crítica similar em PIZZORUSSO, Alessandro. *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*. Costituzionalismo.it FASCICOLO 2 | 2007, p. 10.

Enunciado n.º 8 do ENFAM: “Os enunciados das súmulas devem reproduzir os fundamentos determinantes do precedente.”

Sobre o tema, Rodvalho pontua que a súmula vinculante e a repercussão geral prestigiaram a razão de ser do Supremo Tribunal Federal. RODOVALHO, Thiago. A função institucional das Cortes *Superiores*. In: *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Coordenador geral, Fredie Didier Jr; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 93.

Destaca-se que não há incompatibilidade com art. 504 do Código de Processo Civil de 2015. Está-se a discorrer sobre precedentes e não do instituto da coisa julgada. Sobre o tema: “*Além disso, a coisa julgada e o precedente têm efeitos distintos*. Por fim, o modo operativo de um e outro não são em nada semelhantes.” (grifo nosso) MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão* – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 128 e 341.

Sobre o tema, o autor afirma que a súmula vinculante não tem *ratio decidendi*, mas a “análise empírica das *decisões de aplicação* revelou que pode ser possível identificar um conjunto de *rationes decidendi*. Assim: CAMILOTTI, José Renato. *Precedentes Judiciais em matéria tributária no STF: Pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)*. Tese doutorado PUC/SP. São Paulo, 2016, p. 399.



Assim, os *motivos determinantes* (ou *fundamentos determinantes*) nada mais são que a *ratio decidendi* do julgamento. E se pode afirmar que *ratio decidendi* não é *dispositivo* de decisão, não é “*tese*”¹¹ fixada ao final do julgamento e não é texto de *súmula*. *Ratio decidendi* são os motivos determinantes da decisão – essa talvez é uma definição (definir o que é *ratio*) de altíssima complexidade,¹² mas se buscam aqui definir alguns pontos basilares para melhor explicar,¹³ na verdade, a *teoria da transcendência dos motivos determinantes*.

De tal maneira, sobre motivos determinantes, destaca-se que os *factos* passam a ter relevância¹⁴, tanto no aspecto da *formação do precedente*¹⁵ para elaboração de uma qualificada *ratio decidendi*, quanto no aspecto de análise do futuro julgador que lê um precedente paradigma e tenta extrair a *ratio* do caso para aplicar no julgamento em questão¹⁶. Desse modo,

Afirmando que não pode a *súmula* criar um “uso desconectado de precedentes” ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil* [livro eletrônico]: teoria do processo e processo de conhecimento / Arruda Alvim. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Crítica neste sentido também para os assentos em Portugal, pois seu uso como uma entidade geral e abstrata causa o sacrifício histórico concreto do julgamento. NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos <assentos> e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra Editora. 1ª Edição (reimpressão), fevereiro 2014, 95.

¹¹O termo *tese jurídica* é citado no código de processo civil nos artigos 12, §2º, II; 311, II; 927, §2º e §4º; 947, §3º; 955, II; 976, §4º; 978, parágrafo único; 979, §2º; 984, §2º; 985, *caput* e §1º e 2º; 987, *caput* e §2º; 1.022, parágrafo único, inciso I; 1.038, §3º; 1.039; 1.040, III e IV; 1.043, §1º.

¹²Veja a teoria *clássica* sobre o tema (de forma muito resumida): “*ratio decidendi* é uma regra geral na qual a ausência levaria o caso ser julgado de outra forma” WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: [...]* 1894. Para GOODHART, “Devem ser apurados os *factos* tratados como fundamentais ou materiais do precedente (“*principle of a case*”)” GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio decidendi of a Case. *Yale Law Journal*. Vol. XL. December, 1930, p. 168; CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. [...] 1991; para CROSS “a *ratio decidendi* “é qualquer regra de direito expressamente ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para chegar a sua conclusão, tendo em conta a linha de raciocínio adotada por ele”. CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Clarendon Law Series. Clarendon Press. 1991. “O que seria a *tese jurídica*? Seguramente, não é a *ratio decidendi*.” BARIONI, Rodrigo; ALVIM, Teresa Arruda. Recursos repetitivos: *tese jurídica* e *ratio decidendi*. *Revista de Processo*. Vol. 296/2019, p. 10.

¹³Pode ser denominado “o fundamento da decisão, o ponto em um caso que determina o julgamento”. Do original: “Ratio decidendi. The ground of decision. The point in a case which determines the judgment.” (tradução livre citada acima) *Black's Law dictionary*. Revised Fourth Edition. West publishing Co. 1968, p. 1429.

¹⁴Sobre o tema: “não há dois casos idênticos em todos os aspectos factuais, de modo que a averiguação da “semelhança” é central no *stare decisis*.” LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Empirically testing dworkin's chain novel theory: studying the path of precedent. *New York University Law Review*. October 2005, p. 1159. Veja também em KOOPMANS, Tim. *Stare decisis in European Law* [...] 1982, p. 22.

“Devem ser apurados os *factos* tratados como fundamentais ou materiais do precedente (*principle of a case*)” para definir a *ratio*; assim também para o doutrinador há duas etapas envolvidas na determinação da *ratio decidendi*. Em primeiro lugar, é necessário determinar os fatos do caso como visto pelo juiz. Em segundo lugar, é necessário descobrir quais desses fatos foram tratados como materiais pelo juiz e, às vezes, é necessário muito mais (de acordo com o doutrinador). Ver em GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio decidendi of a Case. *Yale Law Journal*. Vol. XL. December, 1930, p. 168; CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Clarendon Law Series. Clarendon Press. 1991.

¹⁵Veja, por exemplo, que as Cortes deveriam formular decisões “generalizáveis e projetadas para o futuro.” A preocupação, portanto, com os fatos é de grande importância. TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 13.

¹⁶ Sobre o tema: “Dito de outra forma, apenas será precedente a decisão que resultar efeitos jurídicos normativos para os casos futuros”. ZANETI JR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil:



a *ratio*, em certa medida, depende da interpretação do caso sucessivo¹⁷, sendo importante, portanto, o precedente ter boa fundamentação e análise fática.

Segue-se agora com a explicação do que seria a “transcendência” dos motivos determinantes.

2.2 O que é transcendência?

Como já afirmado, o ponto denso de estudo não é a aplicação de forma geral dos precedentes, mas a formação e *identificação* destes, bem como *o que o torna vinculativo* (em maior ou menor grau a depender da tradição jurídica a força do precedente tem aplicabilidade).

Para iniciar o tema, pode-se questionar se os *motivos determinantes* de um precedente devem vincular apenas aos casos absolutamente iguais, ou esses *motivos determinantes* podem ser vinculativos aos casos similares¹⁸. Ou ainda, pode-se questionar se o que vincula é apenas o *dispositivo* da decisão e, com isso, os *motivos determinantes* não teriam força de vinculatividade.

152

universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo* | vol. 235/2014 | p. 293 - 349 | Set / 2014, p. 6.

¹⁷También en “*ratio decidendi*, depende, en gran medida, de la interpretación del precedente realizada por *el juez del caso sucesivo*, lo que introduce un irreductible *elemento ulterior de variabilidad*” (grifo nosso). TARUFFO, Michele. *Dimensiones del precedente judicial*. Studi in memoria di Gino Corla (Milán, 1994, p. 10)

Sobre o tema, “Toda decisão judicial tem que ser interpretada, ainda mais aquelas que se consubstanciam em precedentes.” BARIONI, Rodrigo; ALVIM, Teresa Arruda. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. *Revista de Processo*. Vol. 296/2019, p. 2.

Já se escreveu sobre o tema em FUGA, Bruno Augusto Sampaio. O inevitável uso dos valores na interpretação: por uma teoria além da hermenêutica tradicional. In: CARVALHO, Paulo de Barros; LINS, Robson Maia. *Temas Atuais do Direito à Luz do Constructivismo Lógico-Semântico*. Editora Thoth, Londrina/PR, 2018.

¹⁸Sobre o tema, Hochschild afirma que a *ratio decidendi* é de se aplicar “a casos futuros envolvendo questões semelhantes”. HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective. *Washington University Journal of Law & Policy*, 261, 2000, p. 261.

Veja que o próprio conceito de precedente afirma ser “an identical or similar case”. “Um caso julgado ou decisão de uma Corte, considerado como fornecendo um exemplo ou autoridade para um caso idêntico ou similar que se seguirá ou uma questão de direito similar” (tradução livre); “*Precedent*. An adjudged case or decision of a court of justice, considered as furnishing an example or authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of law.” “um caso julgado ou decisão *de uma Corte*, considerado como fornecendo um exemplo ou autoridade para um caso idêntico ou similar que se seguirá ou uma questão de direito similar.” (tradução livre). *Black's Law dictionary*. Revised Fourth Edition. West publishing Co. 1968, p. 1340.

Schauer afirma que a parte pode demonstrar uma *relevant similarity* ou *um distinguishing* no uso dos precedentes. SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. [...], 2009.



Assim, parece coerente afirmar que o uso dos precedentes não deveria ficar limitado aos casos absolutamente iguais, pois é possível e desejável que se reconheça *similitude* entre casos não idênticos, mas essencialmente iguais para preservar coerência das decisões¹⁹.

Nessa linha de raciocínio, os *motivos determinantes* dos precedentes, criados em incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR), em incidente de assunção de competência (IAC), em recurso especial ou recurso extraordinário repetitivo, em súmula vinculante, em controle concentrado de constitucionalidade, em recurso extraordinário com repercussão geral *transcendem*?

Não somente o dispositivo desses tipos decisoriais, mas os *motivos determinantes* são aptos a vincular outros julgados similares (não absolutamente iguais). E, se sim, qual o *nível de vinculação* e qual a *técnica processual para efetivar essa transcendência*, são questionamentos os quais se busca abordar no decorrer deste artigo.

A discussão inicial no âmbito brasileiro²⁰ acerca da teoria da transcendência dos motivos determinantes questionava se os motivos determinantes no julgamento do controle *concentrado* de constitucionalidade transcendem para justificar cabimento de reclamação. Como se vê, no direito brasileiro a discussão fica inicialmente mais centrada na transcendência de motivos determinantes para ser apta (ou não) em cabimento de reclamação. Certamente esse

153

¹⁹ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?* / Teresa Arruda Alvim. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 247.

Sobre o tema, veja inclusive doutrina ampliando a *transcendência em IRDR*, MUA, Cintia. *Transcendência da ratio (ratione) decidendi do IRDR*, [...], 2019, p. 133.

De tal modo, “A *ratio decidendi* tem que ser aplicada de maneira uniforme a todos os casos. A força obrigatória dos precedentes está na obrigatoriedade da *ratio*. É ela que vincula um caso ao outro. Assim, os motivos determinantes (*ratio*) são vinculantes, transcendentais.” HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: Criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão*. – Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 270.

Em sentido diverso, ver: Rcl. 3.636/PE, DJ 16/12/2005, Min. Cezar Peluso: “Só se torna lícito falar em afronta à *eficácia vinculante da ratio decidendi de decisão proferida por esta Corte, no bojo de ADI ou ADC, nos casos em que o provimento jurisdicional ou administrativo impugnado verse a mesma questão jurídica*, decidida em sentido contraditório ao teor do aresto invocado como paradigma. É preciso que a matéria de direito debatida no pronunciamento, cuja autoridade se alega ofendida, seja *em tudo semelhante, senão idêntica àquela sobre a qual se funda a decisão que teria desembocado em conclusão oposta*. De outra forma, distintas as situações, não se justifica nem legitima a imposição da *eficácia vinculante* para além dos limites objetivos e subjetivos da ação em que se exerceu controle concentrado de constitucionalidade”. (grifo nosso)

Sobre o tema: “A *ratio decidendi* é, *todavia, essencial ao precedente judicial* – tese jurídica afirmada em determinado julgado, mas passível de aplicar-se em outros feitos nas mesmas condições. Eis um ponto de asfíxia do uso útil dos precedentes judiciais. Sem a explicitação e a análise dos motivos do pronunciamento não é possível, racionalmente, decidir se a tese jurídica se aplica, ou não a outras causas, nem o ato apresentará motivação suficiente (art. 489 § 1.º, V).” (grifo nosso) ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, volume III (livro eletrônico): parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada) [...], 2015.

²⁰MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.



é um ponto importante, mas se procura ir além, questionando a teoria da transcendência dos motivos determinantes não apenas no tipo decisional em controle concentrado de constitucionalidade.

Todavia, antes de apresentar esse recorte temático (que é abordado na subseção 3), discorre-se adiante sobre qual o entendimento do STF na aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade.

3 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ATUAL ENTENDIMENTO DO STF

Pode-se afirmar que a *decisão* proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em especial a *ratio decidendi*, deve ser *observada* por todos os juízes (em qual grau deve ser observada e qual consequência acarreta a não observância é o que se discute aqui).²¹ Destaca-se que não é uma novidade a eficácia *erga omnes* do controle *concentrado* de

154

²¹Enunciado FPPC n.º 168 “Os *fundamentos determinantes* do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem *efeito vinculante* para todos os órgãos jurisdicionais.”

Neste sentido: “Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência. Tal como acentuado, o *caráter transcendente do efeito vinculante* impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas também a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela, objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.” (grifo nosso) MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

“Decisões do STF em *controle concentrado* de constitucionalidade – inciso I. As decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade – em ADin e ADCon – são declaratórias – declara-se que a lei está ou não está em conformidade com a Constituição Federal. *Tem eficácia erga omnes: “mata” a lei (com efeito retroativo, se não houver modulação) ou revigora a lei (cuja constitucionalidade se pôs em dúvida)*. O mesmo se diga à ADPF. Desrespeitadas estas decisões, *cabre reclamação* (art. 988).” (grifo nosso) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; SILVA RIBEIRO, Leonardo Ferres da; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, [...], 2016.

“A *eficácia vinculante* está presente nas decisões liminares e nos pronunciamentos finais de acolhimento ou improcedência do pedido na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, na arguição de preceito fundamental e na súmula vinculante (CF/1988, arts. 102, §§ 1.º e 2.º, e 103-A; Lei 9.868/1999, art. 11, § 1.º, art. 12-F, § 1.º, art. 21, art. 28, parágrafo único; Lei 9.882/1999, arts. 5.º, § 3.º, e 10.º, § 3.º; Lei 11.417/2006, art. 7.º etc.” (grifo nosso) WAMBIER, Luiz Rodriguez. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional* (processo comum de conhecimento e tutela provisória), volume 2 / Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. 16 ed. [...] 2016.

Adotando a *teoria dos motivos determinantes* no controle concentrado no CPC/2015: FONSECA, Tiago da Silva. A repercussão da força do precedente prevista no novo CPC na atuação da Advocacia Pública. *Revista da PGFN (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional)*. Ano-VII-número-10-2017, p. 165.



constitucionalidade realizada pelo STF (art. 28, § único da Lei 9.868/1999 e art. 10 da Lei 9.882/1999), assim, também, art. 102, § 2º da CF²².

A *força vinculante* no controle concentrado tem também previsão legal na Constituição, como afirmado, e no Código de Processo Civil de 2015, art. 927, I e art. 988, III e, também, seu parágrafo §4º, ao afirmar que caberá *reclamação* para garantir a observância de *decisão* do Supremo Tribunal Federal em *controle concentrado de constitucionalidade* ou que “compreendem a aplicação indevida da *tese* jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.”

Assim, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, os *motivos determinantes* das decisões proferidas no STF devem ser respeitados²³. Neste sentido, quando o STF afirma que uma lei estadual é inconstitucional, ele não só cria a regra do caso, como também produz um precedente para casos futuros. Discute-se adiante, contudo, se a não observância dos motivos determinantes pode dar ensejo ao cabimento de reclamação advinda do “precedente” do controle concentrado de constitucionalidade, art. 927, I e 988, III (além de outros tipos decisoriais)²⁴.

Com entendimento de possibilidade de cabimento de *reclamação*, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a *ratio decidendi* (motivos determinantes) da decisão proferida na ADIn 1.662 *tinha* eficácia vinculante, veja sobre o tema reclamação 1.987²⁵:

²²Importante destacar que a *dúvida sobre força vinculatória* às decisões do STF em Ações Declaratórias de Constitucionalidade e, posteriormente, às decisões em Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade, teve início após a Emenda Constitucional no 3/93. Após a Emenda Constitucional, inúmeras dúvidas surgiram, em especial no cabimento da Reclamação Constitucional. Ver em MAGALHÃES, Breno Baía. A trajetória da transcendência dos motivos determinantes. O fim da história? *Senado*. Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015.

²³Neste sentido BAIOTTO, Elton. O controle da inconstitucionalidade por omissão e a teoria dos precedentes. [...]. 2012, p. 411.

Contrário à aplicação dos motivos determinantes, pois provocaria risco latente de generalização indevida do precedente obrigatório, ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos* [...] 2017, p. 345.

“A teor do julgado, nota-se que a “transcendência dos motivos determinantes” *era apenas um nome rebuscado para recepcionar a força dos precedentes.*” (grifo nosso) JULIÃO, Gustavo Lyrio. *Reclamação Constitucional: do comando judicial aos precedentes/ Gustavo Lyrio Julião*. – Londrina, PR: Thoth, 2020.

Sobre o tema, o regimento interno do STF traz o termo “força vinculante para todos os efeitos” no art. 187 ao tratar sobre “Da Interpretação de Lei”: Art. 187. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos.”

²⁴DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal* [...], 2018, p. 544. Indica-se a leitura neste ponto de GALIO, Morgana Henicka. *Overruling: a superação do precedente*. Dissertação de mestrado, Florianópolis, 2016, p. 194 e ss.

²⁵Neste sentido também Rcl 3.094 Ministro Gilmar Mendes.

Sobre o tema, em recurso extraordinário n.º 197.917 em que se declarou a inconstitucionalidade de norma da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, por ofensa ao artigo 29, IV, ‘a’, da Constituição Federal, entendeu pela



Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. *A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados*, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. (grifo nosso)

De igual maneira também o STF em outras decisões (STF, Rcl 2.986 MC/SE, Rcl 2.363/PA). Porém, a Corte *mudou* de entendimento, passando a não acolher de forma geral mais a teoria (STF, Rcl 3.294 AgR/RN, STF Rcl 9.278 AgR/RJ, STF Rcl 3.014/SP, STF Rcl 41.307/RO).

Nessas circunstâncias descritas, afastando a teoria da *transcendência dos motivos determinantes (para fins de cabimento de reclamação)*, limitou o STF então a eficácia vinculante apenas à parte *dispositiva*²⁶. Limitando a parte dispositiva, não admitindo a *transcendência dos motivos determinantes*, apenas se admitirá discussão no caso posterior e unicamente da lei que foi declarada inconstitucional²⁷.

156

“Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade”.

Sobre o tema, Rcl 4.335 e voto vencido Ministro Gilmar Mendes, aproximando o controle difuso do controle concentrado (abstrativização do controle difuso), “Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que *confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa.*” (grifo nosso) Ler sobre o tema em SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LINO Jr., Keller Vieira. Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença no Controle Difuso de Constitucionalidade: Análise Crítica. *Revista Direitos Humanos e Democracia* • Editora Unijuí • ano 2 • n. 3 • jan./jun. • 2014

²⁶XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais*: contributo a um olhar crítico sobre o novo código de processo civil (de acordo a lei 13.256/2016) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 60.

Assim também: “1. Recebo o recurso interposto pela Procuradoria-Geral da República. Nos termos do art. 317, § 2º, do RISTF, mantenho a decisão agravada, diante da pacífica jurisprudência da Corte quanto à não transcendência dos motivos de determinantes e pelos demais fundamentos nela declinados, ...” STF, Rcl 42.050, Ministro Edson Fachin, 10/08/2020.

Sobre o tema: “A aplicação do precedente com base *tão somente na tese jurídica* é permitida apenas nos casos com *idênticas* questões jurídicas, o que pode *vir a empobrecer o potencial de transcendência do julgado*, diante da excessiva restrição do seu espectro de incidência. (grifo nosso). MENEZES DA SILVA, Cristina. Ratio decidendi: o elemento vinculante do precedente. *Revista Forense*. 11.set.2020. Volume 431 – ANO 116.

²⁷Sobre o tema: “O fato é que, não se admitindo a transcendência dos motivos determinantes, apenas caberá reclamação ao STF se o caso concreto posterior violar a autoridade da decisão tomada em controle abstrato em relação unicamente à aplicação da lei que foi declarada inconstitucional.” BOTTA, Alexandre Sampaio. A



Agora, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, questiona-se inicialmente se, com o art. 988, §4º²⁸, teria o legislador adotado a *teoria da transcendência dos motivos determinantes*, pois se referiu à “tese jurídica” e não à norma jurídica ou dispositivo decidido concretamente pelo Supremo Tribunal Federal²⁹.

reclamação constitucional e o novo código de processo civil. um olhar sobre os precedentes do STF no controle difuso de constitucionalidade. 2017. 36 f. Artigo (Graduação em Direito). *Instituto Brasiliense de Direito Público*, Brasília, 2017.

²⁸“As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação *indevida da tese jurídica* e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.”

STF não adotando *teoria da transcendência dos motivos determinantes em*: Rcl 2491-AgR, rel. min. Rosa Weber, 1ª turma, 2/12/2016; Rcl 4.090-AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª turma, DJe de 6/6/17.

“A jurisprudência do Supremo Tribunal, no tocante à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas, também deu sinais de grande evolução no julgamento da questão de ordem em agravo regimental na Rcl. n.º 1.880, em 23 de maio de 2002, quando, no Tribunal, restou *assente o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF*, em reconhecimento à eficácia vinculante erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.” (grifo nosso) Rcl 4.374 STF.

Entendendo que com a vigência do “§4º” ganhou “muita força a teoria da transcendência dos motivos determinantes”, ARAÚJO, Pedro Mendonça. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade após o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade nº 3.406/RJ E 3.470/RJ. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*; 17 Edição. 2020.

Neste sentido, *acolhendo a transcendência com caráter vinculante mesmo em sede de controle difuso*, ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia Das Sentenças na Jurisdição Constitucional - 4ª Ed. ver. Atual. ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Pedro Lenza afirma que embora sedutora a tese de transcendência, falta previsão no controle difuso e que *a regra de efeito erga omnes é apenas no controle concentrado*. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2016, p. 330.

²⁹NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil - volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves.* – 10. ed.– Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 1529; AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil / Gustavo Azevedo; [coordenação Leonardo Carneiro da Cunha].* – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018 (Edição do Kindle).

Sobre o tema: “A partir de então, foi se consolidando no Supremo Tribunal Federal a tese oposta, que rejeitou a eficácia transcendente dos motivos determinantes. *Entretanto, esse entendimento precisará ser revisitado à luz do CPC/2015, uma vez que o novo Código reconheceu explicitamente que a tese afirmada pela decisão proferida em controle concentrado produz efeitos vinculantes* e que seu desrespeito possibilita a propositura de reclamação. (grifo nosso)” BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*.

Neste sentido, comentário de Luís Roberto Barroso em ação direta de inconstitucionalidade 4.697 Distrito Federal – “Ministro Gilmar, aqui me alinhando a Vossa Excelência, e Vossa Excelência foi um dos que defendeu a *ideia da eficácia transcendente*. O Supremo chegou a aderir a essa posição, depois retrocedeu em relação a essa posição. Mas agora o novo Código recoloca a discussão, porque o artigo 988 diz que uma das hipóteses de cabimento da reclamação é a observância de acórdãos proferidos em ação direta de inconstitucionalidade. Aí vem, Ministro Gilmar, o § 4º e diz que as hipóteses dos incisos tal e tal, quer dizer, de cabimento de reclamação pela não observância da decisão em ADI, “compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.” Portanto, o que produz a vinculação é a tese jurídica. Então, eu acho que nós temos que proclamá-la. (Plenário, 30/06/2016)

Sobre o tema: “Nesses termos, resta evidente que o efeito vinculante da decisão não está restrito à parte dispositiva, *mas abrange também os próprios fundamentos determinantes*.” (grifo nosso) MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1215.

O termo “*tese jurídica*” aparece no CPC/2015 “10 vezes”, dentre eles para alterar a ordem de preferência de julgamento (art. 12, §2º, II), eventual *overruling* (art. 927, §2º), no incidente de resolução de demandas repetitivas



Neste sentido, o Enunciado FPPC n.º 168 frisa que “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade, realizado pelo STF, caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem *efeito vinculante* para todos os órgãos jurisdicionais”³⁰.

A esse respeito, em março de 2018, a *reclamação*, n.º. 22.328/RJ, *acolheu excepcionalmente a teoria dos motivos determinantes*. De acordo com o caso, “o Supremo Tribunal Federal tem sido mais flexível na *admissão de reclamação* em matéria de *liberdade de expressão*, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial”. O precedente paradigma foi a ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas. Na *reclamação* n.º. 22.328/RJ o rel. Ministro Luís Roberto Barroso entendeu pelo “Cabimento do pedido: aplicação excepcional da teoria dos motivos determinantes”³¹.

Na prática, porém, o caso até o momento, a aplicação da *teoria da transcendência* dos motivos determinantes, *fica no STF restrito aos casos de liberdade de expressão* pelos fundamentos dispostos na *reclamação* 22.328/RJ, trazendo certamente insegurança jurídica.

Sobre este ponto, em síntese, permanece o entendimento do STF de não aplicação da teoria da *transcendência dos motivos determinantes* para fins de hipótese de *reclamação*³². Ou seja, os motivos determinantes firmados em *controle concentrado de constitucionalidade* não são aptos para ensejar *reclamação*.

Destaca-se que sobre decisão do Supremo Tribunal Federal em controle *concentrado* de constitucionalidade e *súmula vinculante*, como não disciplinada no art. 988, §5º, II, é

(art. 978, § único, art. 984, §2º) e no Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (art. 1.038, §3º).

Em sentido diverso de não aplicabilidade da transcendência dos motivos determinantes para fins de *reclamação* no CPC/2015 MELLO, Marco Aurélio. A *reclamação* no código de processo civil de 2015 e a jurisprudência do supremo. In: *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência* / coordenadores: Cláudia Elisabete Schwerz Cahali, Cassio Scarpinella Bueno, Bruno Dantas, Rita Dias Nolasco. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 416.

³⁰ Conforme iremos apresentar em todo artigo, não concordamos com o referido enunciado do FPPC.

Ainda sobre o tema, Enunciado 59 do Conselho da Justiça Federal – Jornadas de Direito Processual Civil (CJF). “Não é exigível identidade absoluta entre casos para a aplicação de um precedente, seja ele vinculante ou não, bastando que ambos possam compartilhar os mesmos fundamentos determinantes.”

³¹ Discussão da Rcl 22.328/RJ, Ministro Barroso: “De modo que eu acho que a *reclamação*, neste caso, a jurisprudência que se criou de se aplicar, em *reclamação*, em matéria de *liberdade de expressão*, a teoria dos motivos transcendentais é a única forma de se enfrentar a censura. De modo que é uma exceção, mas uma exceção consagrada. Na posição oposta, eu acho que cancelaríamos por muitos anos.”

³² Veja informativo 887 do STF sobre o tema: “Direito Constitucional Controle de Constitucionalidade. O STF não admite a teoria da transcendência dos motivos determinantes.”



possível reclamação mesmo que *per saltum*, a qualquer momento processual³³. No entanto, como afirmado, a problemática é o que daria motivos ao cabimento da reclamação, se violação ao *dispositivo, tese* ou os *motivos determinantes*.

4 A NECESSIDADE DE PENSAR A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NÃO APENAS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

É preciso pensar a teoria da transcendência dos motivos determinantes não apenas no controle *concentrado* de *constitucionalidade*. Como já afirmado, a teoria surgiu com um recorte de justificar o cabimento de reclamação pelos fundamentos determinantes em controle concentrado. Assim, a decisão que contrariasse os motivos determinantes de uma decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade daria cabimento à reclamação.

Motivos determinantes (*ratio decidendi*) não estão presentes apenas em decisões do controle concentrado de constitucionalidade. Na realidade toda decisão judicial, em especial *leading cases*, deve possuir (ou deveria possuir) motivos determinantes³⁴.

De tal maneira, possuindo os precedentes *motivos determinantes*, são eles aptos a vincularem o julgador futuro? Não parece crível que essa discussão se limite apenas às decisões do controle concentrado, pois decisão, especialmente os precedentes com forte vinculação³⁵ ou *precedentes qualificados*³⁶ *devem ter motivos determinantes e eles vincularem o julgador futuro*. É essa uma discussão pertinente.

Como se daria essa vinculação é a problemática. No Código de Processo Civil de 2015, essa vinculação está diretamente ligada ao cabimento de *reclamação*, é ela (a *reclamação*) um forte indicador de que o precedente qualificado tem forte vinculação. Acredita-se também que

³³Sobre o tema: “STF Rcl 41.307/RO, “No ponto, entendo que o conhecimento da controvérsia em sede reclamatória (com aplicação da tese de transcendência dos motivos determinantes) constitui análise *per saltum* da temática pelo STF, esvaziando a própria sistemática da repercussão geral aplicada pela Corte”. Ministro Dias Toffoli. 22/09/2020.

³⁴Como afirmando acima, há decisão que equivocadamente *não* possui motivos determinantes.

³⁵WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: [...], 2016, p. 519; ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 97

³⁶Nos termos do regimento interno do STJ, o assunto recebe o tratamento de “*precedentes qualificados*”, art. 121-A. Ver também em MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Súmulas e precedentes qualificados: técnicas de formatação e aplicação* / São Paulo: Saraiva Educação, 2019.



o cabimento de *rescisória* deve estar diretamente ligado ao grau de vinculação de um precedente, mas o recorte de estudo no presente artigo é sobre a reclamação.

Assim, os *motivos determinantes são aptos a transcenderem ao ponto de ensejarem cabimento se descumpridos deram cabimento à reclamação?*³⁷ Essa é a principal problemática de acordo com o entendimento que se tem.

Antes de iniciar a importante problemática, afirma-se que um consenso deve ser definido inicialmente: os *motivos determinantes são aptos a transcenderem* ao nível de criar um dever de *diálogo* em fundamentação de decisões. Independente da teoria adotado por cada autor, acredita-se que não há como negar o fato da transcendência dos motivos determinantes no dever de *diálogo*, ou seja, a devida fundamentação da decisão judicial descrita no art. 489, §1º do Código de Processo Civil de 2015 deve obrigatoriamente enfrentar os motivos determinantes das decisões paradigmas citadas para fundamentar a decisão do próprio julgador e, também, enfrentar os motivos determinantes das decisões paradigmas citadas pelas partes para fundamentar suas referidas teses.

É essa afirmação acima uma simples coerência com aplicação do *direito jurisprudencial*,³⁸ da igualdade, previsibilidade e segurança jurídica.³⁹ Agora, transcender ao ponto de dar cabimento à reclamação é a problemática que se está aqui enfrentando.

Nesse sentido, os *motivos determinantes* formadores dos precedentes em “enunciado de súmula vinculante” e “decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”, bem como “incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)” ou “incidente de assunção de competência (IAC)”, ou acórdão de recurso extraordinário com *repercussão geral* reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário⁴⁰ ou especial *repetitivos* são aptos a transcenderem? Se sim, em qual nível?

³⁷ Outro ponto que poderia ser questionado é a possibilidade de cabimento de transferência para fins de rescisória. Em futuros artigos se pretende escrever sobre o tema.

³⁸ Afirma que a expressão adequada ao se referir ao alcance e objetivo dos arts. 926 e 927 seria “direito jurisprudencial” (referenciando Teresa Aruda Alvim). BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual*, vol. 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos [...], 2020, p. 395.

³⁹ Sobre o tema: são cinco as razões para aderência aos precedentes: estabilidade, proteção da confiança, eficiência administrativa, igualdade e imagem da justiça. ROGERS, Candler S. Perspectives on prospective overruling. 36 *University of Missouri at Kansas City Law Review*. 35, 1968, p. 38.

Sobre segurança jurídica ser universal e atemporal, KAY, Richard. *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*. University of Connecticut. 2014.

⁴⁰ Não se adentra aqui na importante discussão da eficácia da decisão de constitucionalidade de lei ou ato normativo tomada em um processo subjetivo como questão incidental. Aqui, tanto na transcendência dos motivos determinantes ou abstrativização do controle difuso, a pretensão é dar eficácia vinculante à *ratio* do julgado, não apenas seu dispositivo e não somente *inter parts*. É sabido que a abstrativização do controle difuso (*superação* do



Como fonte de diálogo institucional ou realmente ao ponto de cabimento de *reclamação*? (CPC, art. 988, §4º e 5º).

É possível observar, inclusive, a preocupação do legislador de *vinculação dos motivos determinantes* no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) no art. 979, §2º⁴¹, e, também, no art. 985, §1º⁴². Verifica-se que a atenção legislativa não é apenas com o dispositivo da decisão, mas também com os *fundamentos determinantes*.

Outro ponto que se aventa é a possibilidade de uma exigência de obediência de transcendência dos motivos determinantes “cruzada” entre os tipos decisórios. Explicando melhor, seria exigir, por exemplo (vários poderiam ser os exemplos), obediência aos motivos determinantes firmados no controle concentrado de constitucionalidade, quando se exige do julgador as mesmas razões de decidir em *incidente de assunção de competência* de incidente em trâmite em um Tribunal Estadual.

Verifica-se, assim, que o estudo dos motivos determinantes das decisões é de vital importância para a própria estrutura coerente do precedente e do ordenamento jurídico. Segue-se.

161

5 CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO PELA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES EM OUTROS TIPOS DECISÓRIOS

A reclamação, como positivada no Código de Processo Civil, representa sua *sétima e*

art. 52, X, da C.F.) seria dar eficácia *erga omnes* ao dispositivo da declaração de inconstitucionalidade (declaração essa no controle difuso). Ademais, com a forte vinculação da decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral, essa discussão deixa de ter grande relevância para o recorte proposto no presente artigo – veja, inclusive art. 1.035, §3º, III do CPC/2015.

Sobre o tema, tem a repercussão geral *notória vinculação* ainda que não esteja no rol dos “precedentes” obrigatórios do art. 927. LEMOS, Vinícius Silva. A repercussão geral no novo CPC: a construção da vinculação da decisão de mérito proferida em repercussão geral pelo STF. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. V. 12, n 110, nov-dez, 2017, p. 67; UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. [...], 2018, p. 225.

Sobre o tema, Rcl 4.335 e voto vencido Ministro Gilmar Mendes, aproximando o controle difuso do controle concentrado (abstrativização do controle difuso), “Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que *confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa.*” (grifo nosso)

⁴¹ § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

⁴² § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.



atual fase,⁴³ há, então, *novos paradigmas da reclamação*⁴⁴. Qualquer pesquisa que se objetive analisar a ótica de aplicabilidade dos precedentes atualmente deve compreender essa nova fase da reclamação (esse é um primeiro ponto).

Importante destacar também que o cabimento da reclamação tem ligação com a vinculação “forçada”, decorrente de imposição formal,⁴⁵ ou, de acordo com Teresa Arruda Alvim, respeito aos precedentes vinculantes em sentido *forte* (CPC/2015, art. 927, III)⁴⁶. É ela, a reclamação, certamente um dos *pilares* do sistema de precedente no Código de Processo

⁴³DAL MONTE, Douglas Anderson. *Reclamação no CPC/2015: hipóteses de cabimento, procedimento e tutela provisória* / Douglas Anderson Dal Monte. 1ª ed. – Florianópolis, Empório do Direito, 2016, p. 26.

Sobre o tema, apontando ser a quinta fase a partir da Constituição de 1988, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 264.

A respeito do tema: “As “novas” hipóteses de cabimento da reclamação, voltadas à preservação de precedentes proferidos em sede recursal repetitiva, controle concentrado, súmulas vinculantes, IRDR e IAC32 (CPC (LGL\2015\1656), art. 988, III, IV, § 5º, II) talvez ensejem novos rumos ao instituto da reclamação, que poderá servir para rediscutir e revisitar temas já pacificados, ao invés de lhes reconhecer autoridade. O tempo e as reflexões surgidas na solução dos casos concretos dirão se tal medida será profícua à segurança e efetividade do processo, do direito e da justiça.” SHIMURA, Sergio. Ponderações sobre o cabimento da reclamação perante quaisquer tribunais para preservar a autoridade de suas decisões. *Revista de Processo* | vol. 298/2019 | p. 171 - 189 | Dez / 2019, p. 11.

⁴⁴“com a redação dada pela Lei 13.256/2016 (LGL\2016\78179), inaugurou a *sexta fase histórica da reclamação no Brasil*, que pode ser chamada de fase de ampliação, pois *é incontestável que a legislação processual civil vigente ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação.*” (grifo nosso) ABBoud, Georges; VAUGHN, Gustavo Favero. Notas críticas sobre a reclamação e os provimentos judiciais vinculantes do CPC. *Revista de Processo* | vol. 287/2019 | p. 409 - 441 | Jan / 2019.

“A jurisprudência do STF está repleta de casos em que o Tribunal, ao julgar a reclamação, definiu ou redefiniu os limites de sua própria decisão apontada como o parâmetro da reclamação” [...] “Existem outros casos importantes e esses apresentados servem apenas como um exemplo desta atividade que é típica do julgamento da reclamação: a reinterpretção e, portanto, a redefinição do conteúdo e do alcance da decisão apontada como violada (decisão-parâmetro ou decisão-paradigma).” voto Ministro Gilmar Mendes, 18/04/2013, Rcl 4.374 STF.

⁴⁵CIMARDI, Cláudia Aparecida. A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil brasileiro. São Paulo: [...], 2015, p. 204; assim também WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional* [...], 2016.

Enunciado n.º 558 do FPPC “Caberá *reclamação* contra decisão que contrarie acórdão proferido no julgamento *dos incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência* para o tribunal cujo precedente foi desrespeitado, ainda que este não possua competência para julgar o recurso contra a decisão impugnada.”

Enunciado n.º 138 da II Jornada de Direito Processual Civil, “É cabível *reclamação* contra acórdão que aplicou *indevidamente tese jurídica* firmada em acórdão proferido em julgamento de *recursos extraordinário ou especial repetitivos*, após o esgotamento das instâncias ordinárias, por analogia ao quanto previsto no art. 988, § 4º, do CPC.”

Para Medina, a vinculatividade dos pronunciamentos é confirmada pela previsão do cabimento de reclamação, assim MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal* [...], 2017, p. 103.

⁴⁶WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, recurso extraordinário* [...], 2019, p. 97.

Sobre o tema, veja inclusive posicionamento de *possibilidade de a reclamação admitir IRDR*, AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação e questões repetitivas*. In: *Julgamento de casos repetitivos* / Fredie Didier Jr. E Leonardo Carneiro da Cunha – Salvador: Juspodivm, 2016, p. 266.



Civil⁴⁷. Aumentam-se, inclusive, suas hipóteses de cabimento, tornando-a um importante instrumento para segurança jurídica.

Neste sentido, embora receoso o legislador de que o direito jurisprudencial vinculante do Código de Processo Civil de 2015 não fosse ser aceito tão facilmente pelo Poder Judiciário, ampliou as hipóteses de cabimento da *reclamação*⁴⁸.

Assim, como já mencionado, o cabimento expresso de reclamação é para fins de “enunciado de súmula vinculante” e “decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”, bem como “incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)” ou “incidente de assunção de competência (IAC)”, ou, não *per saltum*, nas hipóteses de acórdão de recurso extraordinário com *repercussão geral* reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial *repetitivos*.

Consideram-se três as hipóteses de pensar a aplicabilidade da reclamação, adiante escrito.

Primeiro. Não haveria problemática pensar no cabimento da reclamação para ferir a decisão o *dispositivo* do precedente paradigma. Sendo o referido precedente de forte vinculação, ou seja, com previsão de cabimento de reclamação pela sua não observância, certo cabimento da reclamação.

Segundo, a problemática, posta no presente artigo, é ser possível (ou não) o cabimento de reclamação pelos *motivos determinantes* do precedente. E, terceiro, muito relacionado ao segundo, seria uma espécie de reclamação pelos fundamentos *cruzados*⁴⁹ de tipos decisoriais (veja exemplo acima).

Nesse sentido, os tipos decisoriais descritos no art. 988 (incisos III, IV, §4º e 5º) dariam margem para justificar o cabimento de reclamação de violação de seus *motivos determinantes*? Essa certamente é a principal problemática do presente assunto.

São esses importantes temas sobre precedentes, pois fazem que o operador do direito não apenas pense na *ementa*, no *dispositivo* da decisão ou na “*tese*” fixada ao final. O precedente

⁴⁷AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil* [...] 2018.

⁴⁸ABBOUD, Georges; VAUGHN, Gustavo Favero. Notas críticas sobre a reclamação e os provimentos judiciais vinculantes do CPC. *Revista de Processo* | v. 287/2019 | p. 409 - 441 | jan / 2019, p. 12; MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória do juízo rescindente ao juízo rescisório* [...], 2017, p. 60.

⁴⁹O terceiro exemplo seria, em sua essência, o mesmo do *segundo* ponto, mas se optou por manter para fins didáticos.



é muito mais⁵⁰. O presente artigo já tem sua justificativa e validade de leitura por abordar esses temas, mostrando que no mínimo o dever de diálogo institucional dos *motivos determinantes* no direito jurisprudencial deve ser respeitado. Quanto à problemática de cabimento ou não de reclamação pela violação da teoria da transcendência dos motivos determinantes em seus diversos tipos decisórios, deixa-se para a última subseção, já contendo nele as considerações finais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. AFINAL, APLICA-SE A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES?

Talvez faça bem o STF em não acolher a tese de *transcendência dos motivos determinantes* para fins de hipótese de *reclamação*, até mesmo pelo fato de que, da forma disposta no código, essa hipótese de *reclamação* poderia ser *per saltum* (*per saltum em todas hipóteses do art. 988, exceto art. 988, §5º que expressamente não permite o per saltum*).

Não parece produtivo ao STF discutir em *reclamação* ser ou não o motivo determinante da decisão, principalmente por questões pragmáticas ligadas à quantidade de processos que ele passaria a manifestar e julgar⁵¹. No entanto, um ponto se entende evidentemente necessário, a saber, *a transcendência dos motivos determinantes é motivo de obrigação para fins de diálogo (autorreferência)*⁵² e fundamentos das decisões objeto do *recurso*.

164

⁵⁰ Sobre o tema: “A *ratio decidendi* pode ser considerada o núcleo do precedente.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo* | v. 172 | p. 121 | Jun / 2009, p. 5.

“O que seria a tese jurídica? Seguramente, não é a *ratio decidendi*.” BARIONI, Rodrigo; ALVIM, Teresa Arruda. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. *Revista de Processo*. v. 296/2019, p. 10.

⁵¹ Como afirmado pelo autor, “Encontrar a *ratio* demanda raciocínio jurídico refinado, e a solução depende de uma construção que se dá caso a caso”. ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Precedentes judiciais e colegialidade: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos*. – Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 91.

⁵² Indica-se a leitura de MACÊDO, Lucas Buriel de. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do *stare decisis*. *Revista de Processo* | v. 282/2018 | p. 411 - 433 | Ago / 2018 | DTR\2018\18243, “Logo, a Corte é obrigada, pela autorreferência, apenas a levar em consideração o precedente aplicável, e não a aplicá-lo.”

Sobre o tema, afirma o autor que o respeito aos precedentes, em maior ou menor grau, necessita de um certo grau de coerência em qualquer ordenamento jurídico, sob pena de “frustrarem as próprias pressuposições formais implícitas na ideia de Estado de Direito”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 82.



*Sobre este ponto indicado, destacamos uma questão de política judiciária, pois como já afirmado,*⁵³ admitir reclamação com fundamento na violação dos *motivos determinantes* poderia causar sérias consequências práticas e contrariar uma interpretação hermenêutica sistemática⁵⁴ do Código, tendo em vista a grande quantidade de reclamações que poderiam ser ajuizadas.

Verifica-se, nessa lógica de *aplicação sistêmica*, que se aplicada a teoria da transcendência dos motivos determinantes, poderia ser cogitado, inclusive, sua aplicabilidade no âmbito da *administração pública* no tipo decisional das *ações diretas de inconstitucionalidade* e das ações declaratórias de constitucionalidade (CF, art. 102, §2º) e súmula vinculante (CF, art. 103-A) para a *administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*. Assim, os motivos determinantes de ADI e ADC, bem como da súmula vinculante vinculariam inclusive a administração direta e indireta?

Destaca-se, nessa mesma linha de raciocínio, que há inclusive decisão despida de *ratio – discoverable ratio*.⁵⁵ Além disso, as razões oferecidas por um tribunal para chegar a uma decisão podem ser consideradas inadequadas ou incorretas e decisões dos tribunais podem ser endossadas em *casos posteriores*⁵⁶.

Deste modo, a autoridade do precedente não repousa em uma decisão específica, mas em uma série de decisões que sedimentam para formar algo que advogados e juízes normalmente se referem como uma 'regra', mesmo que essa regra não tenha sido expressamente formulada na jurisprudência⁵⁷.

⁵³ Veja considerações também do autor em FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Editora Thoth, 2020.

⁵⁴ Como como já se escreveu em livro específico, entende-se concebível a reclamação quando há possível engessamento do direito para evitar um “ponto cego existente”, além de violação do dispositivo firmado no precedente e da tese, mas não por violação dos motivos determinantes (tema do presente artigo). Ver sobre o tema em FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Editora Thoth, 2020.

Recomenda-se leitura de WELSCH, Gisele Mazzoni. *Precedentes judiciais e unidade do direito: análise comparada Brasil-Alemanha* / Gisele Mazzoni Welsch. – Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 78 e ss.

⁵⁵MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito* / [...], 2006, p. 69, neste sentido: “Essa poderia ser uma objeção ao que estou sugerindo - mas somente se nos prendermos ao dogma de que cada precedente deve ter uma única e clara *ratio decidendi*. Minha resposta é que um dogma desses é mera ficção e, na realidade, uma ficção nociva. Ele pode suscitar uma falsa conversão, quando os que antes acreditavam no dogma, *ao descobrir que alguns casos não possuem sequer uma única ratio que se possa expressar*, incorrem na conclusão apressada de que nenhum caso possa ter uma. O equívoco é evidente.” (grifo nosso)

⁵⁶DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press. Edição do Kindle. 2008, p. 82.

⁵⁷DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. [...]. 2008, p. 22.



Importante também afirmar que “tese” não é “*motivos determinantes*”⁵⁸. A tese é “apenas” a tentativa de síntese do objeto decisório, que, diga-se, em muitos casos pode ainda não refletir exatamente o próprio conteúdo da decisão (veja como exemplo as súmulas [vinculantes ou não] que em muitos casos não refletem a *ratio* dos processos que deram origem ao seu enunciado sumular). Assim, “tese” não pode ser confundida com *motivos determinantes* e o fato de o legislador trazer o termo “tese” no texto legal (veja hipóteses descritas acima) não justifica afirmar que a violação da *tese* daria analogicamente justificativa para também, em determinados casos, justificar o cabimento de reclamação pela violação dos *motivos determinantes*.

Neste sentido, os *motivos determinantes* firmados em *controle concentrado de constitucionalidade*, em “enunciado de súmula vinculante”, bem como “incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)” ou “incidente de assunção de competência (IAC)”, ou acórdão de recurso extraordinário com *repercussão geral* reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial *repetitivos*) são *razões aptas a servirem de*

⁵⁸ Assim, discorda-se de dos entendimentos doutrinários abaixo citados:

Entendendo que com a vigência do “§4º” ganhou “muita força a teoria da transcendência dos motivos determinantes”, ARAÚJO, Pedro Mendonça. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade após o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade nº 3.406/RJ E 3.470/RJ. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*; 17 Edição. 2020.

Neste sentido, acolhendo a transcendência com caráter vinculante mesmo em sede de controle difuso, ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia Das Sentenças na Jurisdição Constitucional* – [...], 2017.

Pedro Lenza afirma que, embora sedutora a tese de transcendência, falta previsão no controle difuso e que a regra de efeito *erga omnes* é apenas no controle concentrado. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2016, p. 330.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – [...], 2018, p. 1529; AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil* / Gustavo Azevedo; [coordenação Leonardo Carneiro da Cunha]. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018 (Edição do Kindle).

Sobre o tema: “A partir de então, foi se consolidando no Supremo Tribunal Federal a tese oposta, que rejeitou a eficácia transcendente dos motivos determinantes. Entretanto, esse entendimento precisará ser revisitado à luz do CPC/2015, uma vez que o novo Código reconheceu explicitamente que a tese afirmada pela decisão proferida em controle concentrado produz efeitos vinculantes e que seu desrespeito possibilita a propositura de reclamação. (grifo nosso)” BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*.

Neste sentido, comentário de Luís Roberto Barroso em ação direta de inconstitucionalidade 4.697 Distrito Federal – “Ministro Gilmar, aqui me alinhando a Vossa Excelência, e Vossa Excelência foi um dos que defendeu a ideia da eficácia transcendente. O Supremo chegou a aderir a essa posição, depois retrocedeu em relação a essa posição. Mas agora o novo Código recoloca a discussão, porque o artigo 988 diz que uma das hipóteses de cabimento da reclamação é a observância de acórdãos proferidos em ação direta de inconstitucionalidade. Aí vem, Ministro Gilmar, o § 4º e diz que as hipóteses dos incisos tal e tal, quer dizer, de cabimento de reclamação pela não observância da decisão em ADI, “compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.” Portanto, o que produz a vinculação é a tese jurídica. Então, eu acho que nós temos que proclamá-la. (Plenário, 30/06/2016).



paradigma para eventual recurso, devendo o órgão superior fundamentar decisão que tenha questão similar com as mesmas razões de decidir.

Não se pode, ao pretexto de não acatar o cabimento de *reclamação* pela *transcendência dos motivos determinantes*, negar a função e a importância dos precedentes. O precedente é formado pelos seus *motivos determinantes*, não por sua “tese” ou *dispositivo*. Deve-se ir muito mais além para entender o valor vinculante de um precedente e, assim, estudar os motivos determinantes (se existentes) que devem ser o principal objeto de estudo do operador do direito. Porém, dizer que violar os *motivos determinantes* daria cabimento à reclamação traz graves consequências sistêmicas, com as quais, conforme já afirmado, não se concorda.

Diga-se, inclusive, que o disposto no art. 489, §1º, tanto inciso V e VI, principalmente inciso VI, traz a obrigação de o julgador ter de enfrentar os motivos determinantes de qualquer precedente⁵⁹ citado pela parte. Neste ponto do dispositivo legal, o julgador não tem de enfrentar apenas o *dispositivo* ou *tese*, mas se questionado pela parte, os motivos determinantes dos precedentes transcendem ao ponto de colocar o julgador com importante ônus argumentativo, para enfrentar e aplicar ou não os motivos determinantes do precedente paradigma no julgamento em questão.

167

Por fim, destaca-se que, para fins de fundamentar e exigir o diálogo institucional e cobrar obediência à *ratio*, o “uso do precedente fica, em grande parte, *subordinado à argumentação dos advogados*, voltada a demonstrar que situação fático-jurídica do *caso posterior é (ou não é) regida pelo precedente*”⁶⁰. Neste sentido, não deve o recurso ser “encoberto e indireto”, meio apologético e carregado de culpa⁶¹, deve ser ele claro e o advogado tem participação fundamental para evolução do direito. Tem o advogado papel essencial no desenvolvimento das opiniões do tribunal⁶².

⁵⁹ V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁶⁰BARIONI, Rodrigo; ALVIM, Teresa Arruda. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. *Revista de Processo*. v. 296/2019, p. 7.

⁶¹“Appellate lawmaking itself is still typically covert and indirective, still half-apologetic and guilt-laden.”. “A própria legislação de apelação ainda é tipicamente encoberta e indireta, ainda meio apologética e carregada de culpa.” (tradução livre). LEVY, Beryl Harold. Realist Jurisprudence and Prospective Overruling. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 109, nº 1, 1960, p. 3.

⁶²STEPHENS, Richard B. The function of concurring and dissenting opinions in courts of last resort, 5 U. *Florida Law Review*. 1952, p. 404.



REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; VAUGHN, Gustavo Favero. Notas críticas sobre a reclamação e os provimentos judiciais vinculantes do CPC. *Revista de Processo*, v. 287, p. 409-441, jan. 2019.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil* [livro eletrônico]: teoria do processo e processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Precedentes judiciais e colegialidade: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos*. Londrina, PR: Thoth, 2021.

ARAÚJO, Pedro Mendonça. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade após o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade nº 3.406/RJ E 3.470/RJ. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*; v. 17, 2020.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?* 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 9 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence*. New York, Henry Holt and Company, 1875.

AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018 (Edição do Kindle).

BAIOCCO, Elton. O controle da inconstitucionalidade por omissão e a teoria dos precedentes. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Editora Juspidvm. 2012.

BARIONI, Rodrigo; ALVIM, Teresa Arruda. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. *Revista de Processo*. v. 296, 2019.

BOTTA, Alexandre Sampaio. *A reclamação constitucional e o novo código de processo civil: um olhar sobre os precedentes do STF no controle difuso de constitucionalidade*. 2017. 36 f. Artigo (Graduação em Direito). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2017.

Black's Law dictionary. Revised Fourth Edition. West publishing Co. 1968.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual*, vol, 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.



BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMILOTTI, José Renato. *Precedentes Judiciais em matéria tributária no STF: Pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)*. Tese doutorado PUC/SP. São Paulo, 2016.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Clarendon Law Series. Clarendon Press. 1991.

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

DAL MONTE, Douglas Anderson. *Reclamação no CPC/2015: hipóteses de cabimento, procedimento e tutela provisória*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 15. ed. reform. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie (coord.) *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: University Press, 2008. Edição do Kindle.

Interpreting Precedents: A Comparative Study (Applied Legal Philosophy) (p. vii). Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Taylor and Francis. 1997 (Published 2016 by Routledge). Edição do Kindle.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos precedentes judiciais: Criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão*. Londrina, PR: Thoth, 2021.

HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective. *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 261, 2000.

FONSECA, Tiago da Silva. A repercussão da força do precedente prevista no novo CPC na atuação da Advocacia Pública. *Revista da PGFN (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional)*. ano 7, n. 10, 2017.



FUGA, Bruno Augusto Sampaio. O inevitável uso dos valores na interpretação: por uma teoria além da hermenêutica tradicional. In: CARVALHO, Paulo de Barros; LINS, Robson Maia. *Temas Atuais do Direito à Luz do Constructivismo Lógico-Semântico*. Editora Thoth, Londrina/PR, 2018.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina: Editora Thoth, 2020.

GALIO, Morgana Henicka. *Overruling: a superação do precedente*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio decidendi of a Case. *Yale Law Journal*. v. 40, dec, 1930.

JULIÃO, Gustavo Lyrio. *Reclamação Constitucional: do comando judicial aos precedentes*/ Gustavo Lyrio Julião. Londrina, PR: Thoth, 2020.

KAY, Richard. *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*. University of Connecticut. 2014.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KOOPMANS, Tim. *Stare decisis in European Law* (January 1, 1982). Essays in European law and integration; to mark the silver jubilee of the Europa Institute Leiden 1957-1982.

LEMOES, Vinícius Silva. A repercussão geral no novo CPC: a construção da vinculação da decisão de mérito proferida em repercussão geral pelo STF. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. v. 12, n 110, nov./dez. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2016.

LEVY, Beryl Harold. Realist Jurisprudence and Prospective Overruling. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 109, n. 1, 1960.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Empirically testing dworkin's chain novel theory: studying the path of precedent. *New York University Law Review*, oct. 2005.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACÊDO, Lucas Buril de. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do stare decisis. *Revista de Processo*, v. 282, p. 411-433, ago. 2018.

MAGALHÃES, Breno Baía. A trajetória da transcendência dos motivos determinantes. O fim da história? *Senado*, ano 52, n. 205, jan./mar. 2015.



MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Marco Aurélio. A reclamação no código de processo civil de 2015 e a jurisprudência do supremo. In: CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz et al. (coord.) *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 416.

MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2009.

MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *La tradición jurídica romano-canónica*. Traducción Eduardo L. Suárez. 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MENEZES DA SILVA, Cristina. Ratio decidendi: o elemento vinculante do precedente. *Revista Forense*, v.431, ano 116, set. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Súmulas e precedentes qualificados: técnicas de formatação e aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MUA, Cintia. Transcendência da ratio (ratione) decidendi do IRDR, procedimento-modelo, como instrumento de coerência sistêmica. In: REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix. (orgs.). *Coletivização e unidade do direito*. Londrina, PR: Thoth, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil - volume único*. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

PIZZORUSSO, Alessandro. Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo. *Costituzionalismo.it FASCICOLO 2*, apr. 2007.

POMORSKI, Stanislaw. *American common law and the principle nullum crimen sine lege*: Edition 2. [S.l.]: Gruyter Mouton, 1975.

ROGERS, Candler S. Perspectives on prospective overruling. 36 *University of Missouri at Kansas City Law Review*. 35, 1968.

171



STEPHENS, Richard B. The function of concurring and dissenting opinions in courts of last resort, 5 U. *Florida Law Review*, 1952.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LINO Jr., Keller Vieira. Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença no Controle Difuso de Constitucionalidade: Análise Crítica. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, ano 2, n. 3, jan./jun. 2014.

SHIMURA, Sergio. Ponderações sobre o cabimento da reclamação perante quaisquer tribunais para preservar a autoridade de suas decisões. *Revista de Processo*, v. 298, p. 171-189, dez. 2019.

SHANNON, Bradley Scott. Overruled by Implication. *Seattle University Law Review*. v. 33, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy*. August 2007.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England, 2009. Edição do Kindle.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

172

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. *Dimensiones del precedente judicial*. Studi in memoria di Gino Corla (Milán, 1994).

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul./dez. 2014.

UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZANETI JR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, v. 235, p. 293-349, set. 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia Das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o novo código de processo civil (de acordo a lei 13.256/2016)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.



WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course for instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*. 2. ed. Boston: Little, Brown Co, 1894.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172, p. 121, jun. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; SILVA RIBEIRO, Leonardo Ferres da; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, artigo por artigo*. RT. São Paulo, 2016 (versão e-book)

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, volume 2. 16. ed. (5.ed. em ebook)'. Reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. Teresa Arruda Alvim Wambier, Bruno Dantas. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *Precedentes judiciais e unidade do direito: análise comparada Brasil-Alemanha*. Londrina, PR: Thoth, 2021.

173

