

A trajetória da transcendência dos motivos determinantes

O fim da história?

BRENO BAÍA MAGALHÃES

Sumário

1. Introdução: transcendência dos fundamentos determinantes, igualdade na aplicação do direito e efeito vinculante. 2. A tese da transcendência dos fundamentos determinantes: os limites objetivos do efeito vinculante. 3. Hipóteses de (des)cabimento da reclamação constitucional e transcendência dos fundamentos determinantes: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4. Análise de decisões posteriores à rejeição da tese da transcendência. 5. Considerações conclusivas.

1. Introdução: transcendência dos fundamentos determinantes, igualdade na aplicação do direito e efeito vinculante

A inclusão do efeito vinculante em nosso ordenamento jurídico foi realizada por meio da Emenda Constitucional nº 3/93, estabelecendo uma artificial força vinculatória às decisões do Supremo Tribunal Federal em Ações Declaratórias de Constitucionalidade e, posteriormente, às decisões em Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade – ADI (EC nº 45/04). Diz-se artificial na medida em que a tradição brasileira de controle de constitucionalidade, existente desde 1891, nunca havia lido com institutos que impusessem, formalmente, respeito aos precedentes dos tribunais superiores, em tentativa de simular o desenvolvimento tradicional do *stare decisis* anglo-saxão¹. Não por outra

Breno Baía Magalhães é mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Advogado. Bolsista CAPES.

¹ O prejulgado da CLT restringia-se à Justiça do Trabalho. Importante frisar que não estamos igualando *stare decisis* e efeito vinculante, como será exposto a seguir.

razão, para reforçar o argumento, o referido instituto não constava da redação original da Constituição Federal de 1988, que, dentre outras importantes inovações, ampliou os legitimados da ADI, criou a ADI por omissão, o Mandado de Injunção e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Em razão de tal artificialidade e da inexistência de uma coerente e substancial teoria sobre o efeito vinculante em nosso país, inúmeras dúvidas pairam sobre seu significado e acerca de sua relação com outros institutos do controle de constitucionalidade, mais especificadamente, com a Reclamação Constitucional.

Gilmar Mendes (1995, p. 101-106), por exemplo, sustenta uma divisão entre os limites do efeito vinculante, classificando-os em subjetivos e objetivos. Pelo primeiro, entendem-se aqueles que são atingidos por ele, ou seja, quem deve observá-lo. De acordo com o atual regime (constitucional e infraconstitucional) do instituto, podemos inferir, de acordo com o art. 102, § 2º, da CF/88, que são destinatários do efeito vinculante todos os demais órgãos do Poder Judiciário do país (excluído o STF)² e a administração pública direta e indireta de todas as esferas da federação. Os limites objetivos, por sua vez, dizem respeito à parte do provimento judicial que será dotada de efeito vinculante: a parte dispositiva do acórdão ou seus fundamentos determinantes. Aqueles que advogam que o limite objetivo do efeito vinculante é a fundamentação do julgado costumam denominar a referida interpretação de “transcendência dos motivos determinantes”³.

Não obstante permanecer alvo de controvérsias na academia, a dúvida acerca dos limites objetivos do efeito vinculante foi (aparentemente) sanada pelo STF no julgamento da Rcl. 3.014/SP: o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva do acórdão, ou seja, não transcende para alcançar os fundamentos determinantes.

² O Tribunal, embora salientando a necessidade de motivação idônea, crítica e consciente para justificar eventual reapreciação de uma questão já tratada pela Corte, concluiu que o efeito vinculante não condiciona o próprio STF, limitando-se aos demais órgãos do Poder Judiciário. Nesse sentido, ver os debates travados na ADI 2.777/SP. Em sentido contrário, defendendo a vinculação do STF, ver José Afonso da Silva (2006, p. 60-61).

³ A origem da nomenclatura remonta aos estudos pioneiros de Gilmar Mendes (1995) sobre o tema dos limites objetivos do efeito vinculante no Brasil. Com base nas discussões teóricas e jurisprudenciais alemãs acerca da temática, o referido autor traduziu, livremente, a expressão *tragende grunde* por *fundamentos determinantes*, ao explicar a decisão do Tribunal Constitucional Alemão que determinou a vinculação dos órgãos federais aos fundamentos de sua decisão. Mendes (1995, p. 104), no mesmo estudo, cita, portanto, a possibilidade de uma eficácia *transcendente* do efeito vinculante ao caso concreto. Anos mais tarde, o Min. Maurício Corrêa, na ementa do julgado que tratou pela primeira vez sobre o tema dos limites objetivos do efeito vinculante, assentou que: “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 [...]”. Desde então, os julgados do STF têm oscilado, indistintamente, entre a utilização da nomenclatura “transcendência dos motivos determinantes” e “transcendência dos fundamentos determinantes”.

No entanto, apesar da rejeição da aplicação da tese, recentes decisões do STF⁴ parecem demonstrar que, em algumas ocasiões, a simples limitação do efeito vinculante à parte dispositiva do acórdão não é suficiente para explicar a amplitude adquirida pelo precedente formulado no controle abstrato. Ademais, é importante estabelecer de que forma a decisão do STF na Rcl. 3.014 deve ser interpretada, uma vez que os precedentes vinculam, necessariamente, por meio de seus fundamentos⁵. Dessa forma, em face do atual posicionamento do STF sobre a temática, podemos indagar: o efeito vinculante de uma decisão do STF pode ser identificado com a existência de precedentes vinculantes na jurisdição constitucional brasileira? Uma parte da resposta à pergunta, estabelecidos os limites da pesquisa proposta, pode ser encontrada na forma com que o STF maneja os fundamentos das suas decisões e como encara o problema da interpretação das decisões dotadas de efeito vinculante, no intuito de compreender o porquê da limitação do efeito vinculante à parte dispositiva do acórdão.

Para a compreensão da interpretação dos precedentes (sejam eles vinculantes ou não), devemos, antes de qualquer coisa, estabelecer sua relação com o marco teórico do direito à igualdade na aplicação do direito.

Cada ordenamento jurídico racionaliza o fato de decisões passadas serem, rotineiramente, utilizadas no julgamento de casos posteriores. Cada ordenamento jurídico, por consequência (tomando por base a principiologia constitucional e a formulação institucional do Poder Judiciário), deve justificar o motivo pelo qual, para resolver uma determinada e pontual lide, o intérprete lança mão de motivos determinantes de um caso paradigma formulado anteriormente, enquanto fator de justiça.

Esse fator é o da igualdade. Entretanto, a complexidade e a amplitude do princípio da igualdade nos forçam a limitar sua construção a uma de suas facetas: a da igualdade na aplicação do direito.

Os juízes, diuturnamente, interpretam leis. Ainda que o texto legal se mantenha intacto, sua interpretação, contudo, não fica atrelada ao passado. O direito, enquanto fenômeno social, muda diariamente, e a alteração da historicidade social pode significar a desigualdade no tratamento previsto para condutas similares situadas em momentos distintos cronologicamente⁶. Nesse sentido, Andrés Ollero Tassara (2005) conclui que as alterações acima devem ser resolvidas pelo juiz, ao interpretar leis

⁴ As decisões serão tratadas na seção 3 deste artigo.

⁵ Conclusão extraída dos estudos comparativos de MacCormick e Summers (1997).

⁶ O adultério era considerado conduta criminosa até 2005. Contudo, mudanças sociais, que se agravaram com a Constituição de 1988, apontavam para a obsolescência da criminalização do fato, apesar da manutenção do crime no Código Penal.

do passado com vistas a buscar um resultado consentâneo com o direito à igualdade no presente (OLLERO TASSARA, 2005, p. 33-35).

Da interpretação de um texto legislativo qualquer, inúmeros sentidos normativos podem ser extraídos, o que afasta a univocidade e a certeza sobre qual seria, de antemão, o sentido mais adequado à resolução de um caso⁷. Portanto, o sentido mais adequado não pode advir da lei mesma, porquanto múltiplas são as possibilidades de sentidos. Caso afirmemos, por outro lado, que o sentido mais adequado depende do caso concreto analisado (já que não advém do texto legal), devemos aceitar que o caso concreto contém, em si mesmo, exigências jurídicas que serão mais bem coletadas pelas normas construídas pelo intérprete no momento da interpretação da lei. Ou seja, a lei não tem sentido se interpretada de forma diferente das exigências do caso concreto, uma vez que apenas alguns aspectos relevantes do caso serão considerados capazes de atrair o adequado sentido da norma proposta pelo intérprete. O caso, portanto, está sendo contrastado não com o sentido canônico do texto legal, mas, além dele, com o direito e com a teoria de justiça que lhe serve de melhor fundamento (OLLERO TASSARA, 2005, p. 43-44)⁸.

⁷ Como exemplo, a interpretação feita do art. 226, § 3º, da Constituição suscitava dúvidas acerca da possibilidade de casais homoafetivos constituírem entidades familiares. Detratores e defensores da interpretação baseavam sua argumentação no mesmo dispositivo constitucional.

⁸ Ainda de acordo com o exemplo acima, poderíamos ter a seguinte situação: não existe na Constituição uma formulação textual que rejeite ou afirme a possibilidade de casais homoafetivos serem considerados entidades familiares. A interpretação da Constituição dependerá, portanto, da forma com que os intérpretes reconstruam suas normas de acordo com a teoria do direito e da justiça que consideram as melhores para explicá-la. O Ministro Ayres Britto, relator da ADPF 132, considerou que a referência a “homem e mulher” no artigo reafirmava a paridade de gênero na construção da família, impedindo quaisquer espécies de subordinação e hierarquia. O direito à igualdade e à intimidade na escolha de parceiros sexuais, presentes nos arts. 1º, IV e 5º, o levaram a concluir que o os casais homossexuais poderiam contrair

A igualdade na aplicação do direito não quer dizer, portanto, que a lei não possa ser interpretada ou que sua interpretação não possa mudar em direção diversa daquela, rotineiramente, aplicada (OLLERO TASSARA, 2005, p. 50). Com efeito, a mudança temporal de um critério hermenêutico não está prevista ou embutida no texto da lei, e tal alteração se perfaz em um aspecto necessário para que se alcance um padrão de justiça coerente com o ordenamento jurídico. Dessa forma e pelo fato de existir uma legitimidade preferente inerente aos atos legislativos, o que impõe sua manutenção (quando não evitados de inconstitucionalidade), a vinculação do Judiciário aos próprios precedentes se baseia em um critério principiológico externo ao texto legal que determina que todos os cidadãos devem ser tratados de forma igualitária quanto a seus direitos quando em situações semelhantes, bem como impede que o Judiciário se afaste do precedente sem que justifique, de forma substancial e suficiente, a alteração no parâmetro interpretativo (para manter a igualdade). Em suma, tanto a alteração dos critérios utilizados na interpretação do direito, como a utilização de precedentes judiciais na prática forense são justificados por padrões de justiça exigidos pela igualdade na aplicação do direito (OLLERO TASSARA, 2005, p. 73-77).

A igualdade na aplicação do direito se substancia, portanto, em um direito político fundamental que implica estender a todos os cidadãos os direitos (assim como as interpretações) assentados em um julgamento anterior, como forma de assegurar que a comunidade política como um todo, por cancelar o precedente

união estável. Por outro lado, um opositor poderia sustentar que a referência a “homem e mulher” seria uma explícita limitação das unidades familiares às uniões heterossexuais e, por essa razão, a vontade do constituinte de excluir a união estável de casais homossexuais deveria ser mantida. A adequação do sentido da norma e o resultado da interpretação independem da sua estrutura textual.

em seus princípios constitucionais (importante que este, portanto, carregue uma resposta correta), se mantenha, conforme o defendido por Dworkin (1999), íntegra aos princípios que fundamentam as obrigações impostas a todos. Em decorrência de tais pressupostos, os precedentes judiciais têm o condão de garantir que as obrigações jurídicas (com seus ônus e bônus inerentes) sejam suportadas por todos os cidadãos que compõem a comunidade, por ser seu objetivo que os indivíduos sejam tratados com igual consideração e respeito pelos poderes da República, o que inclui o Poder Judiciário.

Nesse sentido, tendo em vista que a preocupação na aplicação dos precedentes remete aos princípios que carregam, é válido afirmar que eles exercem uma força gravitacional sobre as decisões posteriores, o que permite que tal força gravitacional possa ser exercida para casos além daqueles que se apresentam, imediatamente, dentro de sua órbita particular (DWORKIN, 2002, p. 174)⁹. Os juízes, como prática institucional, sempre tendem a relacionar suas decisões com aquilo que já fora decidido anteriormente, o que torna mais importante, na decisão judicial baseada em precedentes, os fundamentos em favor de uma regra específica do que a regra (ou o resultado) em si¹⁰. E de que

⁹ Com base em Dworkin, Maurício Ramires (2010, p. 99-104) salienta que os precedentes se apresentam como indícios formais que guiam a interpretação de um juiz sobre o que constitui a integridade do direito de seu país. Nesse sentido, seguir um precedente não significa saber apenas o que os julgados passados disseram, mas o que seu conjunto, enquanto obra, significa coletivamente, uma vez que a continuidade da tradição não significa uma repetição mimética do que foi dito pelos outros juízes anteriormente. Em nosso país, por sua vez, a continuidade da tradição jurídica deve ser compreendida como o prosseguimento da efetivação dos princípios e objetivos fundamentais da República, listados na Constituição. Por fim, a força do campo gravitacional será tão mais forte quanto for o grau de concretização de princípios constitucionais que o precedente consignar.

¹⁰ Por exemplo, mais importante do que saber se a lei X é inconstitucional, é saber o porquê da sua inconstitucionalidade.

forma essa força gravitacional do precedente sustenta uma decisão para outro caso diverso? Segundo Dworkin (2002, p. 175-177), tendo em vista a consideração equitativa de tratar casos semelhantes do mesmo modo, a força gravitacional deve estar limitada à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar as decisões anteriores¹¹.

Segundo Dworkin, a interpretação do direito deve ser coerente com a totalidade da prática jurídica, para que se evitem contradições principiológicas. Portanto, quando interpreta precedentes, o juiz deve formular argumentos de princípio que os justifiquem e que os tornem coerentes com as decisões políticas passadas e com os princípios constitucionais (DWORKIN, 1999, p. 293-295). A coerência de princípios requerida pela integridade do direito possibilita que a igualdade na aplicação do direito seja garantida, uma vez que os precedentes serão interpretados como princípios, ou seja, por meio de argumentos de moralidade política que permitem o desenvolvimento das decisões políticas passadas da comunidade, o que torna os fundamentos daqueles de capital importância em sua aplicação, pois é nessa parte da decisão que serão expostas as razões pelas quais o intérprete irá decidir por aplicar ou não um precedente, ou seja, os fundamentos de sua decisão (MAUÉS, 2008, p. 94-95). A força gravitacional do precedente, por essas razões, estabelecerá o grau da força dos fundamentos com base no

¹¹ Por outro lado, os argumentos de política não exercem força gravitacional alguma, porque dependem de fatores que escapam à equidade e se assentam em fatores contingentes e estratégicos. Além do mais, o intérprete pode chegar à conclusão de que um princípio não possui mais uma força tão forte capaz de justificar decisões semelhantes no futuro, o que fará com que o argumento da equidade trabalhe a seu desfavor, tornando o precedente fraco e sem justificativas de princípio para ser invocado. Em suma, caso o intérprete apresente fortes argumentações de moralidade política, suficientes para mostrar que o princípio é injusto, o argumento da equidade que proporciona sua força gravitacional estará invalidado (DWORKIN, 2002, p. 185-191).

caso a ser julgado posteriormente. Nesse passo, defender a aplicação de precedentes sem recorrer às suas fundamentações parece uma ideia absurda, porquanto o critério hermenêutico que justifica a aplicação de um precedente somente pode ser aferido por sua fundamentação.

Com efeito, a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva do acórdão parece, à primeira vista, contrariar a ideia de vinculação dos precedentes por meio dos seus fundamentos e a igualdade na aplicação do direito, uma vez que a preocupação não estaria no estabelecimento da força gravitacional dos fundamentos do precedente, mas sim no resultado particular extraído da decisão. Todavia, não se trata de conclusão passível de confirmação abstrata, sendo indispensável análise jurisprudencial da tese da transcendência. De mais a mais, a exata formulação da hipótese acima, igualmente, apenas seria possível se uma presunção, nem sempre explícita nos discursos jurisprudenciais e teóricos (mas sempre presente), se confirmasse: a identificação de precedentes vinculantes com decisões dotadas de efeito vinculante.

Nesse sentido, no presente artigo, as decisões do STF sobre o tema da transcendência serão analisadas de forma sistemática, a fim de propiciar uma categorização das hipóteses de cabimento de Reclamações que foram sustentadas pela Corte durante o período em que a tese foi aplicada. Posteriormente, de posse dos dados da categorização, serão realizadas análises das atuais decisões que envolvem o tema, no intuito de perquirir como o STF vem decidindo as Reclamações que são propostas com base na tese. Por fim, tomando como ponto de partida as premissas teóricas propostas e a pesquisa jurisprudencial, serão expostas conclusões sobre o tema.

2. A tese da transcendência dos fundamentos determinantes: os limites objetivos do efeito vinculante

De acordo com a dicção do art. 102, § 2º, da CF/88, apenas o Poder Judiciário e a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal estão vinculadas, formalmente, às decisões do STF. Todavia, é válido ressaltar que, mesmo que a CF/88 tenha estabelecido, no § 2º do art. 102, a expressão “decisões definitivas de mérito” para delimitar o âmbito de aplicação do efeito vinculante, a melhor interpretação sobre seus limites objetivos é alvo de divergentes interpretações na doutrina e na jurisprudência.

2.1. O posicionamento da doutrina

Os autores nacionais que lidaram com o tema desenvolveram pouco o substrato teórico que circunscrevia a noção de que o efeito vinculante impunha (ou não) uma vinculação formal aos fundamentos determinantes.

Ainda que de maneira rudimentar, entretanto, podemos extrair pontos coincidentes dos argumentos de alguns autores que defendiam a tese: a) a tese é necessária, pois garante a posição institucional hierarquicamente superior do STF em razão da preservação da autoridade de suas decisões; b) ela é capaz de assegurar a defesa da segurança jurídica (estabilização interpretativa); c) a transcendência seria um consectário natural do desenvolvimento da interpretação constitucional realizada em abstrato pelo STF; d) o art. 28 da Lei 9.868/99 e o art. 10 da Lei 9.882/99 estipulam que a interpretação do STF seja vinculante e e) a tese seria uma forma de concretização da igualdade, apesar da possibilidade de superação do precedente¹².

Por outro lado, um pequeno número de autores se punha contrário ao efeito transcendente e justificavam sua posição com os seguintes argumentos: a) o STF interpretará as normas constitucionais apenas em tese; b) a extensão do objeto de controle a preceitos e decisões distintos dos analisados no paradigma vinculante violaria a inércia judicial e a vontade do constituinte originário, pois não haveria provocação dos legitimados ativos do art. 103 da CF/88; d) a publicação dos fundamentos não é obrigatória e estes não fazem coisa julgada; e) a aplicação da tese acarreta a restrição do Poder Legislativo federal e estadual e f) a tese pode criar possível problema federativo, porquanto a declaração de inconstitucionalidade de uma lei estadual via reclamação semelhante a de estado federado na decisão paradigma em ADI, ignora as diferentes circunstâncias e os diferentes contextos dos estados, além de violar o devido processo legal do estado federado que não puder se defender de maneira efetiva¹³.

De início, faremos considerações gerais acerca dos dois grupos teóricos.

Nenhum dos autores elencados se preocupou em responder à mais importante das perguntas: como identificar o fundamento determinante em uma decisão do STF dotada de efeito vinculante? Para responder, não poderemos recorrer ao simples truísmo de afirmar que os fundamentos determinantes são as razões veiculadas pelo tribunal para chegar a determinado resultado. Que outra parte da decisão seria? O relatório? A parte dispositiva? Os ditos colaterais? A ementa?

Ademais, conforme o exposto na introdução, os precedentes¹⁴ são noções importantes apenas se os fundamentos determinantes forem levados em consideração.

¹² Os pontos foram compilados dos seguintes autores: Cunha Jr. (2010, p. 364), Fernandes (2010, p. 915), Barroso (2009, p. 207-208), Olavo Ferreira (2003, p. 135-136), Celso Silva (2005, p. 223-225) e Marinoni (2010, p. 272-279).

¹³ Os pontos foram compilados dos seguintes autores: Juliano Bernardes (2007, p. 126-130) e Souza Cruz (2004, p. 403-404).

¹⁴ Os precedentes, não o efeito vinculante, frise-se.

Extrair a *ratio decidendi* de uma decisão do STF não é tarefa simples. Como Roger Stiefmann Leal (2006, p. 170-171) apontou, é muito comum que os ministros concordem com o resultado da demanda (procedência ou improcedência, por exemplo), mas discordem, severamente, acerca dos motivos que ensejaram suas compreensões acerca do tema¹⁵. Mais recentemente, Sundfeld e Pinto (2012, p. 24-25) observaram, com base em estudos empíricos, que os ministros, ao apresentar seus votos individuais, geralmente apresentam argumentos diversos daqueles aventados pelo ministro relator, mas acabam por concordar com o resultado do julgado, dificultando a compreensão acerca do que, efetivamente, a corte decidiu sobre a questão¹⁶. A construção argumentativa dos votos dos ministros se baseia em premissas diferentes e independentes, com trajetos apartados e com baixo grau de interação entre as diversas linhas argumentativas.

A construção de uma argumentação imputada ao ministro relator, e não à corte, dificulta a compreensão e a formação de precedentes, e a identificação da fundamentação determinante da corte enquanto instituição¹⁷. Vojvodic e Machado (2009, p. 29-31) afirmam que podem

existir casos de votação unânime, mas com vários pontos de vista, ainda que congruentes com o resultado, em que coexistem algumas fundamentações que são tanto complementares, como excludentes umas das outras. Ou seja, ainda que exista um peso formal por parte do voto do relator do caso¹⁸, não podemos negar a existência de fundamentos determinantes conflitantes dentro de um mesmo “acórdão”. A unanimidade se encontra apenas na parte dispositiva, não na fundamentação.

Nenhum dos autores citados, ao menos, sugeriu alguma proposição para responder a essa capital questão (que deveria preocupar, especialmente, os defensores da tese). Se os ministros têm dificuldade em identificar os fundamentos determinantes das próprias decisões¹⁹, como os afetados subjetivamente pelo efeito vinculante saberão o que os vinculará?

Para os autores favoráveis à ideia de transcendência, uma pressuposição ficou por ser esclarecida: por que o precedente vinculante se identifica com o efeito vinculante? Se os argumentos desenvolvidos por eles se baseiam em igualdade, segurança jurídica e superioridade institucional do STF, a positivação expressa e com consequências processuais faz-se necessá-

¹⁵ Apesar da tentativa de conceituar os fundamentos determinantes (razões adotadas e referendadas pela maioria do tribunal imprescindíveis para o dispositivo do acórdão) no projeto do novo CPC (art. 521, § 3º), uma limitação legislativa não é capaz de solucionar, *per se*, o problema da delimitação dos fundamentais determinantes de um acórdão, uma vez que sua disposição é circular. Ou poderíamos supor que fundamentos determinantes são os referendados pela minoria de um colegiado? Ou que fundamentos determinantes são os prescindíveis para o dispositivo da decisão? O desenvolvimento teórico se faz necessário para a compreensão dos precedentes.

¹⁶ Os autores analisaram todas as ações do controle concentrado de constitucionalidade julgadas pelo plenário do STF entre junho de 2006 e agosto de 2010. A análise compreendeu 267 acórdãos e o estudo de 2.510 votos individuais (SUNDFELD; PINTO, 2012, p. 24-25).

¹⁷ O Ministro Cezar Peluso, no julgamento da Rcl. 9.428/DF, considerou que os fundamentos determinantes da ADPF 130/DF não estariam contidos tão somente no

voto do ministro relator, mas na interpretação sistemática dos votos de todos os ministros.

¹⁸ Fabiana Oliveira (2012, p. 109-110), ao analisar 692 ADIs decididas no mérito no período de 88-09, observou que o voto do relator prevaleceu em 99% dos casos.

¹⁹ No julgamento do RE 630.147/DF, os ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes, por exemplo, discordavam sobre a melhor interpretação que deveria ser dada ao precedente da ADI 3.685/DF, que dispunha sobre a interpretação/aplicação do art. 16 da CRFB/88. No AgR na Rcl. nº 2.475/DF, por exemplo, os ministros divergiam sobre a melhor interpretação a ser dada ao voto do Min. Moreira Alves na ADC nº 1, a fim de perquirir se determinada construção teórica seria fundamento determinante ou um dito de passagem. Em outro exemplo, no AgR na Rcl. 3.293/SP, os ministros discordavam quanto ao entendimento que deveria ser dado à ADI 1.662/SP, quanto às possibilidades de sequestro de verbas incluírem questões como o parcelamento ou não inclusão na dotação orçamentária do ente devedor.

ria? E mais, a atual rejeição da tese por parte do STF faz cair por terra a segurança jurídica e a igualdade na aplicação do direito? Se precedente vinculante e efeito vinculante fossem a mesma coisa, a resposta seria afirmativa para ambas as perguntas.

A relação entre precedentes vinculantes e efeito vinculante não é necessária. O referido grupo de autores tende a identificar como precedentes apenas aquelas decisões que apresentam força vinculatória formal (estabelecida pela lei ou pela Constituição). De acordo com Adriana Vojvodic (2012, p. 80-84), efeito vinculante deve se diferenciar de precedente vinculante, pois o efeito vinculante não cria um precedente, apenas atribui determinado efeito à decisão capaz de atraí-lo. Ou seja, decisões com efeitos vinculantes não se confundem com precedentes vinculantes, porquanto o que caracteriza um precedente não é sua capacidade vinculatória, mas a influência da força gravitacional dos fundamentos determinantes de decisões anteriores nas decisões judiciais posteriores. Em outro trabalho, por exemplo, pudemos identificar algumas decisões do STF, destituídas do efeito vinculante formal estabelecido pela lei e pela Constituição, com maior força de influência e exercendo maior força vinculatória do que decisões que possuíam tal vinculação formal. Mesmo as decisões dotadas de efeito vinculante formal apresentaram diferentes graus de vinculação²⁰.

Portanto, não necessariamente será o efeito vinculante o bastião da segurança jurídica, da defesa institucional do STF, da estabilidade interpretativa e da igualdade. Caso fosse, desde sua introdução em 1993, tais preceitos teriam sido garantidos e reformas posteriores teriam sido inúteis. No entanto, as súmulas vinculantes e a repercussão geral demonstraram, 10 anos

depois, que a simples atribuição de um efeito processual às decisões do STF não resolveu o problema da quantidade de processos julgados pelo Judiciário²¹.

Por essas razões, os argumentos para a defesa da transcendência são frágeis: a) não demonstram como identificar o fundamento determinante em uma decisão do STF, e a dificuldade de fazê-lo poderia justificar a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva; e b) precedentes vinculantes não se confundem com decisões dotadas de efeitos vinculantes, portanto, a defesa da transcendência mescla os argumentos substantivos acerca da defesa da vinculação às decisões do STF (igualdade, legitimidade institucional etc.) com os efeitos processuais do efeito vinculante (reclamação ao STF, aumento dos poderes dos relatores etc.).

Por outro lado, os autores que negam a teoria, ao não fazer a distinção entre precedentes vinculantes e decisões dotadas de efeitos vinculantes, acabam por diminuir a importância dos precedentes na jurisdição constitucional. Na introdução, afirmamos que precedentes exercem sua influência com base na força gravitacional das razões de decidir e, de forma peremptória, negar tal característica (sem realizar a distinção acima) dificulta a compreensão de algumas tendências das decisões do STF, conforme o que será demonstrado a seguir.

Os argumentos – que envolvem o problema federativo e a relação entre os Poderes – desenvolvidos por esse grupo de autores parecem ter chamado a atenção do tribunal, pois, como será analisado, razões de direitos fundamentais e processuais influenciaram a decisão do STF na Rcl. 3.014/SP.

²¹ A redução dos processos julgados no STF, a celeridade processual e a inibição de decisões contrárias ao pronunciamento da Suprema Corte em ADC foram a principal razão para a introdução do efeito vinculante no país. Sobre o tema, ver Magalhães (2013, p. 711).

²⁰ Ver Magalhães e Silva (2012).

2.2. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Pouco tempo depois da inserção do efeito vinculante, o STF, de acordo com o voto do Min. Moreira Alves²², estabeleceu qual seria o limite objetivo do efeito vinculante – a parte dispositiva do julgado:

“a) Se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação (ADC), a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e

b) Essa decisão (*e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo – como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional nº 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito*), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foram seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os editados pelo Poder Legislativo” (grifo nosso).

Em tempo, é importantíssimo ressaltar que a correlação entre efeito vinculante e reclamação constitucional apenas foi delineada pelo STF por conta da leitura que o Ministro Moreira Alves fez do efeito vinculante. Segundo o ministro, no voto proferido na ADC nº 1, a eficácia *erga omnes* significa que a eficácia da decisão de inconstitucionalidade ou constitucionalidade se exaure em face de todos, o que não impede que o Legislativo edite um ato com mesmo conteúdo normativo e tal efeito não teria o condão de de-

terminar a reprimenda do desrespeito de forma expedita. Portanto, o efeito vinculante surgiria como meio de sanar a desobediência das decisões dos tribunais superiores de maneira mais enérgica, na hipótese de aplicação de uma lei declarada inconstitucional com efeitos *erga omnes*²³. Afirmou o ministro que a existência da ADC não intencionou destruir o controle difuso, na medida em que a impossibilidade de aplicar uma lei declarada inconstitucional pelos órgãos do Judiciário se dá pela eficácia *erga omnes*, por isso que cabe a reclamação no efeito vinculante: para sanar o desrespeito às decisões dotadas do sobredito efeito. Por fim, o efeito vinculante seria um instituto que visaria uma defesa mais rápida da segurança jurídica.

Tempos depois, o plenário do STF teve a oportunidade de se debruçar sobre o problema da transcendência e de rever o posicionamento anterior assentado na QO na ADC nº 1, o que ocorreu nos autos da Rcl. 1.987/DF da Relatoria do Min. Maurício Corrêa, em 1/10/2003. O caso versava sobre o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas alimentares de natureza trabalhista, em confronto com o que, na época, dispunha o § 2º do art. 100 da CF/88²⁴. No caso da reclamação, a juíza presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região determinou o sequestro de verbas

²³ A conclusão de Moreira Alves parece corroborar nossa hipótese de que o efeito vinculante seria uma medida de caráter processual, e não um efeito imanente às funções institucionais do STF. A função do efeito vinculante é instrumental: meio expedito de sanar a recalcitrância dos Poderes da República em aplicar (ou não) decisão do STF dotada de efeitos *erga omnes*.

²⁴ “Art. 100, § 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito (de acordo com a redação do artigo anterior à EC 62/09).”

²² ADC nº 1 – QO, DJ 16/6/95, Rel. Moreira Alves.

públicas do estado membro, na medida em que houve falta de pagamento de precatórios vencidos.

Aduziu-se, na reclamação, afronta ao decidido pelo STF na ADI nº 1.662/SP. Naquela ADI, o ato atacado fora a instrução normativa do TST (IN nº 11/97), que equiparava às hipóteses de preterição previstas constitucionalmente as seguintes situações: 1) a não inclusão na lei orçamentária e 2) o pagamento inidôneo do precatório devido. Portanto, ocorridas tais situações, seria cabível o sequestro de verbas. O STF decidiu na ADI que, mesmo com a superveniência da EC nº 30, de 13 de setembro de 2000, não houve criação de nova modalidade de sequestro de verbas públicas para a satisfação de precatórios concernentes a débitos alimentares, permanecendo inalterada a regra que era imposta pela antiga redação do artigo 100, § 2º, da Carta Federal, que o autorizava somente para o caso de preterição do direito de precedência do credor, declarando, por conseguinte, a inconstitucionalidade da aludida instrução normativa do TST.

O ministro relator da Rcl. 1.987/DF considerou que, mesmo que o ato impugnado fosse diferente (no caso da ADI paradigma, instrução normativa do TST; na reclamação, decisão da presidente do TRT da 10ª Região), a circunstância fática que o embasava era a mesma da decisão paradigma, uma vez que desobediente ao conteúdo essencial do julgado na ADI, que possuía efeito vinculante, pois julgada no mérito. O ministro aduziu, em seguida, que a regra é a exegese da norma jurídica aplicável segundo a dicção constitucional fixada pela corte, não o texto normativo em sentido estrito, daí transcender o efeito vinculante à fundamentação. Ou seja, para o ministro, a norma jurídica a ser aplicada e dotada de eficácia vinculante é aquela extraída da interpretação que o STF realizou do texto normativo da Constituição, no sentido de impedir que fossem criadas, por via oblíqua, novas possibilidades de sequestro de verbas diferentes daquelas previstas constitucionalmente.

Com o passar dos anos (2003-2009), várias foram as decisões do STF que, em decisões monocráticas ou acórdãos, ora aceitaram²⁵, ora rejeitaram²⁶ a tese, porquanto ainda não houvera, à época, manifestação

²⁵ Rcl.-MC 2.986/SE, DJ 18/3/2005; Rcl. 2.363/PA, DJ 23/10/2003 e Rcl.-MC 3.880/SE, DJ 18/11/2005.

²⁶ Rcl.-MC 9.413/SP, DJe 1/12/2009; Rcl. 9.125/BA, DJe 16/10/2009; Rcl.-MC 4.614/RS, DJ 16/10/2006 e Rcl. 2.990-AgR/RN, DJE 14/9/2007. Este último acórdão é interessante, pois, ainda que a tese não tenha sido debatida nos autos em questão, mas apenas suscitada de forma indireta, a ementa do julgado apresenta que o plenário havia rejeitado a aplicação da tese, ainda que, em decisões posteriores, alguns ministros voltassem a adotar a teoria: "I. Reclamação. Ausência de pertinência temática entre o caso e o objeto da decisão paradigma. Seguimento negado. II. Agravo regimental. Desprovimento. *Em recente julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade*" (grifo nosso) (Rcl. 2.475-AgR, j. 2.8.07).

definitiva da corte sobre o tema²⁷. Todavia, com vistas a dar fim ao impasse sobre o tema, o tribunal chegou a um breve consenso entre os anos de 2009/2010: afirmava que o plenário ainda não havia se pronunciado sobre a aplicação da tese. Vale salientar que o STF, por meio desse posicionamento, não rejeitou, neste íterim, por inteiro a tese, assim como não determinou sua aplicação sem que fossem determinados alguns parâmetros.

Sem embargo de outras de igual teor²⁸, decisão monocrática da relatoria do Min. Ayres Britto resume o referido entendimento do STF em relação ao tema nos anos de 2009/2010:

“O Plenário deste Tribunal ainda não fixou entendimento no sentido de afirmar a transcendência das razões de decidir nas ações constitucionais. 11. Por ora persiste o entendimento, do Colegiado, segundo o qual a ausência de identidade ‘perfeita’ entre o ato impugnado e a decisão apontada como violada é circunstância que inviabiliza o conhecimento da reclamação. [...] Portanto, seus efeitos vinculantes restringem-se ao objeto de cada ação (as normas impugnadas)” (Reclamação 7.336/SP, rel. Min. Carlos Britto, DJe 3/2/09).

Pouco tempo depois, nos autos da Rcl. 3.014/SP, DJe de 21/5/2010, o plenário, por apertada maioria, entendeu inaplicável a tese da transcendência dos motivos determinantes. Tratava-se de decisão reclamada do TRT da 15ª Região que afastou lei municipal para adotar o

valor da Requisição de Pequeno Valor (RPV) previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Sustentava o município reclamante que, na decisão da ADI 2.868/PI, o Tribunal teria firmado o entendimento de que os municípios poderiam dispor sobre os valores das RPV de acordo com suas possibilidades orçamentárias, sem vínculo com o valor mínimo previsto no ADCT. Considerou o relator, Min. Ayres Britto, que não foi objeto de deliberação na ADI paradigma a questão da distribuição das RPV serem feitas, necessariamente, na forma de salários mínimos, mas apenas a possibilidade de sua determinação pelas leis estaduais e municipais em patamar inferior ao da ADCT. Partindo dessa premissa, julgou que não existia identidade de objetos entre a decisão reclamada e a decisão dotada de efeitos vinculantes, porque a fundamentação da decisão reclamada afirmava que deveria haver vinculação legislativa ao salário mínimo, questão não decidida no acórdão paradigma. Ademais, reforçou o Ministro, o reclamado afastou a lei municipal pela sua não vinculação ao fixar a RPV em salários mínimos, não por estar aquém do *quantum* constitucional²⁹.

²⁷ O posicionamento do plenário seria, inicialmente, decidido na Rcl. 4.219/SP, contudo, em razão do falecimento da parte interessada, o processo foi extinto sem julgamento do mérito.

²⁸ Nesse sentido, ver Rcl. 8.470/DF, DJe 26/6/09; Rcl. 7.905/RN, 8/5/2009; Rcl. 7.280-MC/SP, DJe 12/12/2008; Rcl. 7.808/MT, DJe 12/3/09; Rcl. 7.956/RN, DJe 15/4/2009; Rcl. 8.108/RO, DJe 20/10/2009; Rcl. 8.471/RS, DJe 5/10/2009; Rcl. 8.178/RN, DJe 6/10/2009; Rcl. 9.652/PB, DJe 18/12/2009; Rcl. 5.783/CE, DJe 11/11/09.

²⁹ Após o julgamento da referida reclamação, outras que atestaram a rejeição da teoria foram as que seguem: Decisões Monocráticas nas Reclamações 10.496/CE, 10.538/CE, 10.547/CE, 10.611/GO, todas publicadas no DJe 1/10/2010 e relatadas pela Min. Ellen Gracie; AgR na Rcl. 4.875/SP; AgR na Rcl. 6.319/SC; AgR na Rcl. 4.911/SC, e AgR na Rcl. 8.175/RN, todas publicadas no DJe 6/8/2010 e relatadas pelo Min. Eros Grau; decisão monocrática na Rcl. 10.266/SP, DJe 28/9/2010, Rel. Marco Aurélio; decisão monocrática na Medida Cautelar na Rcl. 7.957/RN, DJe 8/9/2010, Rel. Celso de Mello; AgR na Rcl. 3.294/RN, Rel. Dias Toffoli, DJe 29/11/11; AgR na Rcl. 9.778/RJ, Rel. Ricardo Lewandowski, DJe 11/11/11; AgR na Rcl. 3.385/RN, Rel. Dias Toffoli, DJe 8/9/11; Decisão Monocrática nas Rcl. 17.585/DF, Rel. Cármen Lúcia, DJe 16/6/2014; MC no AgR na Rcl. 13.956/CE, Rel. Celso de Mello, DJe 7/3/2014 (o ministro ressaltou seu entendimento pessoal favorável à tese). E nas seguintes manifestações plenárias: AgR na Rcl. 13.300/PR, Rel. Cármen Lúcia, DJe 25/2/2013; AgR na Rcl. 10.125/PA, Rel. Dias Toffoli, DJe 6/11/2013; AgR na Rcl. 16.004/PB, Rel. Cármen Lúcia, DJe 29/11/2013; AgR na Rcl. 7.956/RN, Rel. Dias Toffoli, DJe 12/11/2013; AgR no Rcl. 13.907/RS, Rel. Dias Toffoli, DJe 13/11/2013; AgR

Antes de continuarmos, precisamos estabelecer algumas premissas para a seção seguinte.

O acórdão do STF constitui-se das seguintes partes: relatório, votos e parte dispositiva. Excluindo o relatório, temos os votos dos ministros e a parte dispositiva. A parte dispositiva do acórdão, via de regra, estabelece o resultado da votação acerca do acolhimento ou não do pedido nas ações abstratas (incluindo a natureza da agregação dos votos, decisões de maioria ou unânimes) – a lei X é constitucional (ADI improcedente); a lei Y é inconstitucional (ADI procedente). A transcendência, portanto, apenas pode estar no voto dos ministros. Dessa forma, sem que nos comprometamos com uma definição ou com alguma perspectiva teórica acerca do tema, a transcendência dos fundamentos determinantes será observada a seguir nas ocasiões em que os ministros se referirem a todos e quaisquer elementos do acórdão que não estejam situados na parte dispositiva³⁰.

3. Hipóteses de (des)cabimento da reclamação constitucional e transcendência dos fundamentos determinantes: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Não obstante a rejeição quanto à aplicação da tese, foi possível observar, em julgamentos esparsos, que alguns ministros a utilizaram para julgar determinadas reclamações. Desta forma, a fim de delinear alguns parâmetros utilizados pelos ministros em suas decisões, bem como

na Rcl. 4.907/PE, Rel. Dias Toffoli, DJe 21/5/2013; AgR na Rcl. 10.680/GO, Rel. Teori Zavascki, DJe 30/4/2014; AgR na Rcl. 15.789/CE, Rel. Dias Toffoli, DJe 3/4/2014; AgR na Rcl. 16.580/CE, Rel. Dias Toffoli, DJe 10/4/2014; AgR na Rcl. 4.818/ES, Rel. Luiz Fux, DJe 3/6/2014.

³⁰ Construção semelhante pode ser encontrada em Borlina (2012).

para tentar compreender o que os ministros consideraram como fundamento determinante para deferir ou indeferir a reclamação, será feita a análise de julgamentos importantes que serviram para determinar o conteúdo da tese no Brasil.

3.1. Leis ou atos normativos que reproduzem o mesmo conteúdo material de leis ou atos normativos declarados anteriormente inconstitucionais ou constitucionais pelo STF

Em determinados casos, o Tribunal julgou procedentes reclamações para cassar decisões judiciais baseadas em leis ou atos normativos que continham identidade material com leis e atos normativos anteriormente julgados inconstitucionais, ainda que fossem emanados de diferentes estados da Federação³¹.

a) Como exemplo dessa hipótese, cita-se o caso da decisão monocrática na Medida Cautelar na Reclamação nº 4.387/PI, DJ 22/9/2006, da relatoria do Ministro Celso de Mello, em que se discutia, dentre outras questões, ato judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí que, com base em lei estadual, concedeu segurança para equiparar vencimentos de Defensores Públicos estaduais àqueles percebidos pelos membros do Ministério Público piauiense.

Considerou o Ministro que o ato judicial reclamado havia desrespeitado os fundamentos determinantes das decisões proferidas nos julgamentos das ADI 171/MG e 304/MA, porque, em tais oportunidades, o Plenário reconheceu a impossibilidade de equiparação dos vencimentos de Defensores Públicos com aqueles percebidos pelos membros do Ministério Público e demais carreiras jurídicas.

³¹ No mesmo sentido da descrição do tópico, ver Rcl.-MC 4.416/PI, DJ 25/9/2006, Rel. Celso de Mello e Rcl. 5.141/DF, DJ 26/9/2007, Rel. Ricardo Lewandowski.

b) As Reclamações nº 4.906/PA e 4.939/PA, DJ 10/4/2008, Rel. Min. Joaquim Barbosa, tinham por objeto decisões proferidas pela Justiça do Estado do Pará e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que determinaram a reserva de vagas a candidatos aprovados em concurso público para o provimento de cargo de promotor de justiça no referido estado, que foram excluídos do certame por não comprovarem o requisito de 03 (três) anos de atividade jurídica contido no edital.

Ressaltou o relator que a decisão utilizada como paradigma para as reclamações (ADI 3.460/DF) declarou a constitucionalidade de dispositivo que regia o concurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no que tangia à exigência, de comprovação pelo Bacharel em Direito de três anos de exercício de atividade jurídica contados a partir da conclusão do curso e comprovados na data da inscrição. Dessa forma, ponderou que, como a norma declarada inconstitucional pelas decisões reclamadas possuía idêntico conteúdo material ao daquela declarada constitucional na decisão paradigma, conheceu e julgou procedentes as reclamações.

3.2. Atos jurisdicionais que aplicam interpretação diversa daquela definida no controle concentrado pelo STF

O STF, em alguns casos, julgou procedentes reclamações em que houve discordância entre a interpretação do julgamento das ações dotadas de efeito vinculante e as decisões judiciais que deixaram de aplicar o motivo determinante emanado da decisão paradigma.

a) São inúmeras as reclamações propostas em face de decisões da Justiça do Trabalho que, desconsiderando a possibilidade de lei estadual ou municipal estabelecer o que se considera “pequeno valor” ao ente federativo (mesmo

quando inferior ao valor fixado na ADCT), determinaram a expedição de RPV no montante trazido pela CF/88 no art. 87, I do ADCT³², em desrespeito ao entendimento fixado pelo tribunal no julgamento da ADI nº 2.868/PI³³.

b) Outros casos envolvendo precatórios diziam respeito à decisão proferida na ADI nº 1.662/SP, que, ao declarar inconstitucional instrução normativa do TST, fixou o entendimento de que as hipóteses de sequestro de verbas no caso de precatórios advindos de verbas alimentares são apenas aquelas fixadas, expressamente, na Constituição, sendo impossível, portanto, sua compreensão extensiva a outras modalidades³⁴.

3.3. Descabimento da reclamação em casos que não guardam similitude fática com a decisão vinculante paradigma

Na esteira do debatido *supra*, para se afigurar, necessariamente, se determinada

³² De idêntico conteúdo, ver Rcl. 2.991/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl. 3.114/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl. 3.919/RN, Rel. Min. Cármen Lúcia; Rcl. 4.999/RN, Rel. Celso de Mello e Rcl.- MC 2.986/SE, DJ 18/3/2005, Rel. Celso de Mello e Rcl.-MC 4.987/PE, DJ 13/3/2007, Rel. Gilmar Mendes.

³³ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.250/2002 DO ESTADO DO PIAUÍ. PRECATÓRIOS. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. CF, ART. 100, § 3º. ADCT, ART. 87. Possibilidade de fixação, pelos estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional 37/2002. Ação direta julgada improcedente” (STF, Plenário, ADI 2.868/PI, DJ 12/11/2004, Rel. Joaquim Barbosa).

³⁴ No mesmo sentido: “RECLAMAÇÃO. 2. Sequestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de sequestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente” (STF, Plenário, Rcl. 2.363/PA, DJ 1/4/2005, Rel. Gilmar Mendes).

interpretação poderia ser aplicada em outro caso que aparentava ser semelhante, seria necessário realizar um cotejo entre as situações fáticas do caso concreto para que fosse determinada a aplicabilidade ou não da teoria. A partir dessas considerações, alguns ministros entenderam que a referida tese seria aplicável apenas em casos que guardassem similitude fática com a decisão tida como desrespeitada. Nesse sentido, acerca da similitude fática, atestou o 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.³⁵”

Dessa forma, ainda que fosse alegada pelo reclamante a aplicação da teoria, os ministros analisavam se houve o desrespeito da decisão vinculante averiguando o contexto fático em que foi proferido o ato divergente. Nesse sentido, por exemplo, tem-se o caso da Reclamação 5.828/SP, DJ 4/3/2008, Rel. Min. Cármen Lúcia, proposta contra ato judicial que julgou improcedente o pedido do reclamante em ação que visava anular norma regimental de instituição de ensino superior, com a qual celebrou contrato de prestação de serviços educacionais, uma vez que, por ter ficado impossibilitado de comparecer a algumas disciplinas do curso, fora reprovado. Asseverou que havia solicitado autorização para concluir o curso, o que lhe foi negado por decisão da administração da instituição com base em seu regulamento interno. Alegou que a decisão reclamada teria descumprido os fundamentos determinantes da ADI nº 3.098/SP, que julgou inconstitucional lei paulista que usurpara competência da União para editar normas sobre diretrizes e bases da educação. A relatora sustentou que a simples existência de precedentes não era o bastante para que se configurasse hipótese sujeita ao questionamento pela via da reclamação. Concluiu que haveria de se comprovar a existência de julgado específico afrontado pelo ato judicial e demonstrar a pertinência com a espécie posta em discussão³⁶.

³⁵ Rcl. 3.636/PE, DJ 16/12/2005.

³⁶ No mesmo sentido, de indeferimento ante a ausência de similitude fática entre as decisões questionadas, ver Rcl. 4.463/RS, DJ 12/3/2008, Rel. Ricardo Lewandowski; Rcl. 5.131/

3.4. Descabimento da reclamação nos casos em que a decisão tida como paradigma não é dotada de efeito vinculante

Somente as decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade são dotadas de efeito vinculante, portanto, apenas a essas estariam os destinatários do efeito vinculante sujeitos a sua observância, sob pena de desafiar a reclamação constitucional.

Com base nesse fundamento, o tribunal não conhecia das reclamações que utilizavam decisões desprovidas de efeito vinculante. Exemplo dessa hipótese de descabimento pode ser colhida no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 3.051/RS, DJ 2/8/2006, Rel. Carlos Ayres Britto, em que a agravante sustentava que sua reclamação deveria ser conhecida, uma vez que os atos reclamados (no caso, resoluções do Tribunal Superior Eleitoral) teriam desrespeitado o entendimento do STF fixado no julgamento do RE 197.917/SP, porquanto as resoluções não levaram em consideração a relação proporcional do número de vereadores com o de habitantes da cidade de Pelotas/RS. Aduzia a reclamada a aplicação da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes para suspender o efeito das resoluções do TSE.

O ministro relator desproveu o agravo sob o argumento de que a decisão proferida no recurso extraordinário não era dotada de efeito vinculante *erga omnes*, apenas *inter partes*, motivo pelo qual seria incabível a reclamação, na medida em que o município não participou de nenhum dos pólos do mencionado recurso. Salientou, outrossim, que as resoluções reclamadas foram fiéis ao julgamento proferido pelo STF, sendo, portanto, insubsistente a irrisignação do agravante³⁷.

3.5. Outras hipóteses de descabimento da reclamação

Em determinados casos, alguns ministros (aqueles que não consideravam a aplicação da teoria) deixaram de julgar a reclamação, em razão da impossibilidade de seu manejo, pois o tribunal ainda não havia se ma-

CE, DJ 22/7/2007, Rel. Eros Grau; Rcl. 5.279/SE, DJ 14/4/2008, Rel. Ricardo Lewandowski; Rcl.-MC 5.448/RS, DJ 12/9/2007, Rel. Cezar Peluso; Rcl.-MC 5.355/CE, DJ 2/8/2007, Min. Ellen Gracie; Rcl.-MC 4.527/CE, DJ 28/8/2006, Rel. Joaquim Barbosa; Rcl.-MC 4.587/BA, DJ 31/8/2006, Rel. Sepúlveda Pertence; Rcl. 4.300/SP, DJ 1/12/2006, Rel. Cezar Peluso; Rcl. 3.291/SP, DJ 31/5/2005, Rel. Cezar Peluso e Rcl.-Agr nº 3.293/SP, DJ 13/4/2007, Rel. Marco Aurélio; AgRg na Rcl. 3.456/PI, DJe 11/12/09, Rel. Cármen Lúcia; AgRg na Rcl. 6.019/SP, DJe 16/10/09, Rel. Eros Grau; Rcl. 5.661/MG, DJe 23/3/10, Rel. Cármen Lúcia.

³⁷ Neste sentido, ver Rcl. 3.352/PB, DJ 8/6/2007, Rel. Carlos Britto; Rcl.-AgR 5.389/PA, DJ 19/12/2007, Rel. Cármen Lúcia, Rcl. 6.088/PE, DJ 4/6/2006, Rel. Eros Grau e Rcl.-AgR 5.393/PA, DJ 25/4/2008, Rel. Cezar Peluso e Rcl.-ED/MG nº 5.335/MG, DJ 9/5/2008, Rel. Cezar Peluso; AgR na Rcl. 5.703/SP, DJe 16/10/2009, Rel. Cármen Lúcia e AgR na Rcl. 9.545/SP, DJe 14/5/10, Rel. Dias Toffoli.

nifestado quanto à aplicação da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes.

a) Vale trazer à colação, a título de exemplo, o caso da Medida Cautelar na Reclamação nº 4.814/PI, DJ 11/12/2006, Min. Ayres Britto, em que município piauiense impugnou decisão proferida por juiz de direito, que determinou a expedição de mandado de requisição de pequeno valor acima da quantia estabelecida por lei municipal, para o cumprimento de obrigação de natureza alimentar. Alegando afronta à decisão tomada pelo STF na ADI 2.868/PI, o município sustentou a possibilidade de aplicação da teoria da transcendência, uma vez que o art. 87 do ADCT teria facultado à fazenda municipal a possibilidade de fixar o *quantum* adotado como pequeno valor, desde que dentro do limite constitucional.

Considerou o ministro³⁸ que o julgamento da ADI levantada como paradigma tomou por base lei estadual do Piauí; dessa forma, para prover a liminar na referida reclamação, teria, necessariamente, que aplicar a teoria da transcendência. Contudo, salientando que o pleno do tribunal ainda não havia assentado posicionamento quanto ao tema da aplicação da teoria, negou o pedido liminar³⁹.

b) Nessa linha de raciocínio, também não caberia, igualmente, reclamação no caso de decisões tomadas em contrariedade a súmulas desprovidas de efeito vinculante, pois, ainda que essas consubstanciem o entendimento do tribunal acerca de determinada matéria, as decisões que foram tomadas por base para

a feita do enunciado, bem como o próprio enunciado não possuem o caráter vinculante (STF, Plenário, Rcl.-Agr 5.082/DF, DJ 4/5/2007, Rel. Ellen Gracie).

c) Não caberia reclamação, ainda que se sustentasse a aplicação da teoria da transcendência, quando o ato reclamado tivesse sido editado ou proferido anteriormente à decisão do STF no controle concentrado. Tomando por base esse entendimento, cite-se o caso da Rcl.-MC nº 4.638/RJ, DJ 9/5/2007, Rel. Celso de Mello, em que se questionou resolução da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro que estendeu, administrativamente, a todos os servidores ativos, inativos e pensionistas a incorporação, aos vencimentos, proventos ou pensões, do percentual correspondente a 26,05% da diferença da URP do mês de fevereiro de 1989, o que teria desrespeitado o julgamento proferido na ADI 2.951/PE, invocando-se, para esse efeito, a transcendência dos motivos determinantes subjacentes a tal decisão, que não reconheceu direito líquido dos servidores públicos ao referido reajuste de vencimentos.

Salientou o ministro que, inobstante a possibilidade de proposição de reclamação para garantir a eficácia das decisões dotadas de efeito vinculante, essa seria incabível, porém, quando o ato editado fosse anterior à decisão do Tribunal (como no caso em questão), porquanto ausente qualquer parâmetro decisório fixado pelo STF, cuja inobservância por órgãos judiciais e/ou administrativos pudesse legitimar a utilização da via reclamationária⁴⁰.

³⁸ Conferir, neste sentido, do referido ministro: Rcl.-Mc nº 4.614/RS, DJ 16/10/2006; Rcl.-MC nº 4.739/MG, DJ 31/10/2006; Rcl.-MC nº 5.087/SE, DJ 18/5/2007; Rcl.-MC nº 5.365/SC, DJ 15/8/2007.

³⁹ Nesse mesmo sentido da negativa de aplicação da teoria, ver: Rcl.-MC nº 5.120/RO, DJ 30/4/2007, Rel. Ricardo Lewandowski e Rcl.-Agr nº 2.990/RN, DJ 14/9/2007, Rel. Sepúlveda Pertence; Rcl. MC 9.413/SP, Dje 1/12/09, Rel. Ayres Britto.

⁴⁰ No mesmo sentido, ver AgR/Rcl./QO 1.723/CE, DJ de 8/8/01, Rel. Celso de Mello; AgR/Rcl./QO nº 1.480/CE, Rel. Néri da Silveira, DJ de 8/6/01; Rcl. nº 1.114/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 12/3/02; Rcl. nº 2.834/RN, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 28/9/04; Rcl. nº 2.716/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 29/11/04, e Rcl. nº 6.438/MG, Rel. Min. Carlos Brito, DJ de 15/9/08 e Rcl. 8.995/MG, Cezar Peluso, Dje 20/11/09.

4. Análise de decisões posteriores à rejeição da tese da transcendência

Passados quase quatro anos da decisão plenária que rejeitou a aplicação da tese da transcendência dos motivos determinantes, é possível analisar de que maneira o Tribunal trata as reclamações que ainda sustentam a aplicação da teoria como fundamento de sua proposição. De antemão, seria lógico afirmar que estariam excluídas algumas das hipóteses acima apresentadas, especialmente, as de número 01, 02 e 03 (a similitude fática pode ocorrer com base em normas oriundas de fontes diferentes)⁴¹.

Com efeito, do estudo das hipóteses de aplicação da tese da transcendência no STF e sua atual jurisprudência, uma importante conclusão pode ser extraída: uma simples limitação do efeito vinculante à parte dispositiva (tal como delimitada seções acima) não explicaria o julgamento de algumas reclamações.

Em determinada oportunidade, Gilmar Mendes, em decisão monocrática, conheceu e deu provimento à reclamação que tinha por objeto decisão judicial que desrespeitou o julgado na ADI 1.662/SP⁴². Tratava-se de caso que possuía temática semelhante à do julgamento da Rcl. 1.987/DF, que desencadeou a aplicação da tese em nosso país, ainda que não a mesma, uma vez que a autoridade reclamada determinou o sequestro de verbas públicas com base na suposta preterição do precatório do credor, tomando como paradigma precatório de pessoa jurídica diversa da devedora. Ou seja, a reclamação foi julgada procedente para impedir o sequestro, tendo sido julgada em um caso de ente federativo diverso; fundamentada em ato impugnado distinto e composto de partes diferentes do acórdão da ADI, portanto, o conhecimento da reclamação e seu provimento apenas poderiam ser explicados pela força vinculante de algo diferente da parte dispositiva da ADI 1.662/SP.

⁴¹ Concordamos com César Borlina (2012, p. 19-20) ao afirmar que a exigência de uma estrita aderência significa aceitar a tese em certa medida, uma vez que implica em duas hipóteses: 1) casos que envolvem o mesmo tema ou a mesma tese jurídica ou 2) o mesmo ato normativo.

⁴² Nesse sentido, ver Rcl. 3.219/CE, DJe 22/11/10, Gilmar Mendes. Tratavam os autos de reclamação ajuizada pelo Estado do Ceará em face do Presidente do TJ/CE, o qual, ao determinar o sequestro de verbas estaduais, teria violado o decidido na ADI 1.662/SP. De acordo com o Min. Gilmar Mendes, no julgamento da ADI 1.662, o Tribunal fixou o entendimento de que a única forma de sequestro autorizada pela Constituição Federal, na hipótese prevista no antigo art. 100, § 2º, decorreria da quebra da ordem cronológica de pagamento, em proteção ao direito de precedência de credor. Assim, no caso da Rcl., o precatório posteriormente incluído não poderia ser apontado como paradigma para demonstrar a quebra da ordem constitucional, uma vez que fora expedido contra pessoa jurídica distinta (no caso, uma autarquia estadual), cuja responsabilidade para o cumprimento de seus débitos não se confundiria com a da entidade responsável pelo precatório, supostamente, preterido. Dessa forma, descaberia ao reclamado, com base em pretenso inadimplemento do ente público, não fundado em quebra de ordem de precatório, determinar o sequestro de verbas do Estado.

Ao julgar procedente reclamação cuja ofensa à ADI 1.662/SP foi igualmente suscitada, o Min. Joaquim Barbosa, cassando decisão do TST, considerou, tal qual decidido na ADI paradigma, que a correção de cálculos apenas seria possível em relação a diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos ou de inexatidões dos cálculos dos valores precatórios. Nesse sentido, a determinação do TST de limitar os cálculos à data-base dos servidores fixada na fase de precatório implicaria alterar os critérios de cálculos adotados e, por conseguinte, os limites da sentença exequenda, cujo capítulo específico sobre o tema estava coberto pelo manto da coisa julgada, impossibilitando sua reversão por acórdão do TST via Recurso Ordinário⁴³.

Mas as controvérsias acerca da ADI 1.662/SP não se limitaram a manifestações monocráticas.

Na Rcl. 2.640/RJ⁴⁴, ocasião em que fora autorizado sequestro de verbas da Universidade Estadual do Rio de Janeiro para pagamento de precatório trabalhista não pago no prazo definido, a Min. Cármen Lúcia julgou a reclamação procedente com base na violação da ADI 1.662/SP (a ministra citou trecho da ementa da ADI paradigma).

Além de inúmeros outros precedentes, a ministra citou a Rcl. 1.987/DF como decisão que sustentava seu argumento central. No entanto, não teve nenhum comentário sobre a tese da transcendência.

No julgamento da Rcl. 2.425/ES⁴⁵, o município de Vila Velha impugnou decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, que confirmou decisão da presidência do tribunal que concedeu os pedidos de sequestro de verbas públicas apresentados por sindicatos de trabalhadores, em razão do seu não pagamento no prazo legal.

O relator do caso, Min. Dias Toffoli, após afastar a exceção de coisa julgada, em função da natureza administrativa do procedimento de pagamento de precatórios, ponderou que o sequestro de verbas, no caso, ocorreu em decorrência do escoamento do prazo legal, com base na interpretação feita do art. 78, § 4º do ADCT, algo vedado pelo julgado na ADI 1.662/SP, oportunidade em que ficara assentada (o ministro cita trecho da ementa da ADI) a inexistência de nova possibilidade de sequestro de verbas para precatórios de origem alimentar pela EC nº 30/00.

É válido ressaltar que o ministro citou um curioso precedente para sustentar a sua decisão. Trata-se da Rcl. 1.923/RN, de 2001, Rel. Maurício Corrêa. A referida reclamação é semelhante à Rcl. 1.987/DF, apesar de o ministro não citar a última como precedente. Notório opositor da

⁴³ Rcl. 2.412/MA, Joaquim Barbosa, DJe 3/11/11.

⁴⁴ Rcl. 2.640/RJ, Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 18/5/2011.

⁴⁵ Rcl. 2.425/ES, Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 8/4/2013.

tese da transcendência, Toffoli não teceu nenhum comentário sobre sua aplicabilidade ou não ao caso, mesmo tendo julgado a reclamação indo além do dispositivo da ADI 1.662/SP⁴⁶.

Não por outra razão, o Ministro Marco Aurélio alegou a falta de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigma, por conta de novidades normativas não presentes na análise da ADI 1.662/SP e divergiu do relator. Apesar da divergência, Marco Aurélio não citou a tese da transcendência.

Em outro interessante caso⁴⁷, os reclamantes alegaram que decisão administrativa do TJ/RS teria afrontado o decidido na ADI 3.566/DF, oportunidade em que ficou assentado, essencialmente, que eram inconstitucionais normas de regimento interno de tribunal que dispusessem sobre o universo dos magistrados elegíveis para seus órgãos de direção de forma incompatível com a Loman. O Regimento Interno do TJ/RS estava, por conseguinte, em descompasso com o artigo 102 da LC nº 35/79, uma vez que ampliava, de forma contrária à Loman, o rol de desembargadores elegíveis aos cargos de direção do referido tribunal.

O relator da reclamação, Min. Luiz Fux, entendeu que a decisão administrativa do TJ/RS violou a ADI. Para reforçar seu argumento, transcreveu parte dos debates ocorridos na ADI 3.566/DF, ressaltando que os ministros do STF chegaram à conclusão, na ocasião, de que se tratava de uma matéria restrita à Lei Complementar, uma vez que se deveria apresentar uma regulamentação uniforme para a eleição dos cargos de direção

⁴⁶ Segue a parte dispositiva: “O Tribunal, por maioria de votos, rejeitou a prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, vencidos os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e o Presidente. Por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação, quanto aos itens I, II, V, VI, VII, IX, X, XI e XIII, da Instrução Normativa nº 11, de 10 de abril de 1997, do Tribunal Superior do Trabalho. Por maioria, julgou procedente o pedido formulado quanto aos itens III e XII, da referida instrução normativa, vencidos os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e o Presidente. Por unanimidade, o Tribunal julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação, quanto à alínea b do item VIII da Instrução Normativa nº 11/97-TST, fixando a interpretação segundo a qual as diferenças agasalhadas são resultantes de erros materiais ou aritméticos, ou de inexatidão dos cálculos dos precatórios, não podendo, porém, dizer respeito ao critério adotado para a elaboração do cálculo ou a índices de atualização diversos dos que foram utilizados em primeira instância, salvo na hipótese de substituição por força de lei do índice aplicado. E, por maioria de votos, o Tribunal julgou procedente, em parte, o pedido formulado quanto ao item IV, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso e o Presidente, para assentar o alcance único, segundo o qual o dispositivo não encerra obrigação para a pessoa jurídica. Falou pelo requerente o Dr. José Roberto de Moraes, Subprocurador-Geral do Estado. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Néri da Silveira. Presidiu o julgamento Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 30.8.2001”. Nada, nem remotamente, na parte dispositiva, justifica a decisão do relator da reclamação em análise. Por outro lado, se observarmos o voto do relator na ADI paradigma, Maurício Corrêa, especialmente os parágrafos enumerados entre 4-18, a interpretação da Constituição extraída por Toffoli, no caso, se apresenta mais clara. Em função do tamanho, pouparemos o leitor da transcrição, mas a interpretação feita por Corrêa nos parágrafos citados pode ser, exatamente, resumida no ponto 1 exposto na ementa da ADI, excerto que fora citado no voto de Toffoli.

⁴⁷ Rcl. 9.723/RS, Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 14/12/11.

nos tribunais nacionais. Portanto, concluiu o relator da reclamação que o procedimento de escolha dos cargos de direção do TJ gaúcho previsto no seu regimento ofendera, em princípio e abstratamente, a regra sobre o tema contida na Loman e reforçada na ADI.

Tendo em vista que a reclamação ora em análise foi julgada após a decisão da negativa de aplicação da tese da transcendência, o Ministro Luiz Fux necessitava justificar sua conclusão sem recorrer a qualquer argumentação que pudesse transparecer que sua decisão reconhecera que a ADI fora violada em seus fundamentos. Para tanto, afirmou que a parte dispositiva da ADI nº 3.566/DF era expressa ao vedar que regimento interno de tribunal pudesse ofender o artigo 102 da Loman⁴⁸. Para o ministro foi essa compreensão que produziu efeitos vinculantes.

Luiz Fux ressaltou, expressamente, que não estava defendendo a aplicação da tese da transcendência dos motivos determinantes, de modo que não estava ampliando os limites da decisão afrontada, mediante a invocação de sua possível *ratio decidendi*, mas que estava apenas reconhecendo uma direta ofensa à autoridade do Supremo Tribunal Federal quando assentou a primazia da Loman sobre normas regimentais.

É importante destacar que o relator afirmou, categoricamente, que o fato de na ADI 3.566/DF se ter apreciado um dispositivo do Regimento Interno do TRF da 3ª Região era irrelevante para o conhecimento da reclamação. O ministro relator concluiu que a ementa da ADI vinculante consagrava a assertiva de que eram inconstitucionais as normas de regimento interno de tribunal que dispunham sobre o universo dos magistrados elegíveis para seus órgãos de direção. Portanto, a ofensa ao comando judicial veiculado na ADI era patente, pois a Loman foi violada, mostrando-se prescindível a identidade absoluta entre os dispositivos regimentais que a violavam Loman⁴⁹.

⁴⁸ A parte dispositiva da ADI 3.566/DF é a seguinte: “O Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. No mérito, por unanimidade, o Tribunal julgou prejudicada a ação relativamente ao § 1º do artigo 4º, e improcedente quanto ao *caput* desse artigo da Lei nº 7.727/89. E, por maioria, vencido o Relator, declarou a inconstitucionalidade do artigo 3º, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, bem como o artigo 11, inciso I, alínea a dessa norma regimental, nos termos do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, que redigirá o acórdão. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e o Senhor Ministro Eros Grau. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 15.02.2007”. Como se pode observar, sem maiores esforços, em nenhum momento se faz menção expressa aos motivos que levaram à declaração da inconstitucionalidade do Regimento Interno do TRF da 3ª Região, nem mesmo qualquer citação da Loman.

⁴⁹ Nas discussões do caso, o Ministro Cezar Peluso assim se manifestou: “A Corte, na ADI, fixa a tese, ela é aplicável a qualquer outra circunstância idêntica, pois não é possível que o Tribunal seja obrigado, em cada reclamação, a examinar novamente caso igual a que se aplica mesma tese jurídica. O Tribunal fixa a tese jurídica na decisão da ADI. A mesma coisa sucede aqui, ou seja, se o Tribunal já fixou que norma regimental que contrarie a Lei Orgânica é inconstitucional, basta examinar e aplicar o precedente a norma idêntica”.

Sem embargo do exposto, o Ministro julgou improcedente a reclamação, uma vez que o mandato de quem estava nos cargos de direção do TJ/RS estava em curso e em vias de se encerrar. Assim, citando os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, o STF não conheceu da nulidade das eleições para o biênio 2010/2012.

Pouco tempo depois, o plenário teve de lidar com questão semelhante, oriunda do mesmo tribunal estadual. Na Rcl. 13.115/RS, igualmente relatada pelo Ministro Luiz Fux, para justificar o conhecimento e a conseqüente procedência da reclamatória, o relator defendeu a mesma argumentação esboçada acima, tanto acerca do mérito, quanto acerca da não utilização da tese da transcendência.

Na espécie, a reclamação fora ajuizada por magistrado que, inobstante figurar na quinta colocação na ordem de antiguidade dos desembargadores elegíveis e ser o segundo mais antigo dentre os candidatos, não tivera seu nome sufragado nas eleições realizadas para o biênio 2012-2013. Em função da desistência dos desembargadores mais antigos em participar da eleição, o desembargador eleito figurara em quinquagésimo na ordem de antiguidade e em quinto dentre os concorrentes. O reclamante alegara que não se poderia estender o universo dos elegíveis a todos os desembargadores que integrassem o tribunal, supostamente, violando a Loman e as decisões do STF nas ADIs 3.566/DF, 3.976/SP e 4.108/MG.

Contudo, o ministro Marco Aurélio encabeçou a divergência (majoritária) ao defender que a CF/88 era silente quanto às eleições para cargos de direção nos tribunais, na medida em que lhes garantiria autonomia administrativa e financeira. Ademais, o art. 99 da CF/88 não teria submetido a administração do tribunal às prescrições da Loman, e o art. 93 não previra

os casos de eleições para cargos de direção. Por fim, e o mais importante, o ministro suscitou que, como não havia transcendência (a tese fora rejeitada), o acórdão referente ao tribunal federal não poderia ser paradigma, além de salientar que os argumentos do relator estavam lidando com o fundamento da questão, e não com a parte dispositiva do caso.

No entanto, apesar das contraditórias decisões descritas, que demonstram que a Corte parece aplicar a teoria outrora rejeitada, o STF vem decidindo que descabe reclamação em casos em que inexista identidade ou similaridade entre a decisão vinculante e a reclamada, sob o fundamento de que a tese da transcendência seria inaplicável.

Em determinado caso⁵⁰, a Ministra Cármen Lúcia, por exemplo, sob o fundamento da ausência de similitude fática, afirmou que a decisão na ADI paradigma se limitou a declarar inconstitucional parte de lei do Estado do Paraná, que possibilitou que os cartorários e serventuários de justiça fossem incluídos no regime previdenciário dos servidores públicos estaduais, enquanto a decisão reclamada pela Procuradoria do Estado do Ceará se assentara em norma constitucional do Estado do Ceará que resguardava o direito adquirido dos serventuários da justiça, não concursados, que contribuíram para o regime público antes da edição da lei federal 8.935/94. Ainda que versassem sobre questões com o mesmo fundo temático (os serventuários e cartorários, por não serem servidores públicos, não poderiam fazer parte do regime previdenciário público estatal), o plenário decidiu não entrar no mérito da discussão sobre a possibilidade de normas estaduais estabelecerem limites temporais à incidência da lei 8.935/94.

⁵⁰ AgR na Rcl. 11.831/CE, Cármen Lúcia, DJe 16/11/2011.

Nos autos do AgR na Rcl. 8.175/RN⁵¹, o Tribunal, novamente, indeferiu o pleito por ausência de similaridade entre o caso paradigma e a decisão impugnada. Tratava-se de decisão que, supostamente, teria afrontado a ADI 3.260/RN, que declarou inconstitucional lei orgânica do MP/RN, que concedia isenção de taxas e emolumentos judiciais a membros inativos da instituição. A Corte apontou como fundamento para o provimento da ADI a desigualdade criada entre contribuintes, exclusivamente, por conta do cargo ocupado pelo indivíduo. A decisão impugnada na reclamação, por sua vez, se escorava em lei complementar diferente, ainda que do mesmo ente federado, que dispunha que os membros e os servidores do Poder Judiciário não estavam sujeitos aos pagamentos de custas e emolumentos pelos serviços judiciais e extrajudiciais. É importante ressaltar que a redação das normas impugnadas era semelhante, e a justificativa para a inconstitucionalidade, com certeza, permanecia a mesma (isonomia tributária). Portanto, a ausência de similaridade, de acordo com o Tribunal, foi decidida com base na diferença entre os atos normativos impugnados nas ações (diferentes Leis Complementares). O STF, pouco tempo depois, declarou a inconstitucionalidade do referido artigo reclamado na ADI (3.334/RN, Ricardo Lewandowski, DJe 5/4/11), lançando mão dos mesmos fundamentos da ADI 3.260/RN, utilizada, inclusive, como precedente.

Por outro lado, importante jurisprudência tem sido construída pelo STF com base no precedente da ADI 2.868/PI para julgar casos não oriundos de reclamações. O precedente dotado de efeito vinculante, atualmente, é interpretado pela Corte de acordo com sua fundamentação para (des)prover agravos de instrumento e recursos extraordinários, de diversos entes federa-

tivos, contrários ao estabelecido como razões da decisão⁵². Nesses casos, o Tribunal reconhece a vinculação à interpretação que fez da Constituição, uma vez que não se poderiam explicar tais decisões do STF, simplesmente, citando o fato de o plenário ter declarado constitucional a lei 5.250/02, do Piauí. Como exemplo do afirmado, assim decidiu a Min. Cármen Lúcia:

“No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.868, Redator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que os Estados-membros podem estipular valor diverso do determinado no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente às obrigações de pequeno valor [...] Embora o precedente se refira a Estado-membro, o entendimento é totalmente aplicável ao caso concreto, pois o art. 87 do ADCT explicitamente afirma que a sua definição sobre pequeno valor é aplicável ‘até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação’, na qual se incluem os municípios” (Decisão Monocrática no AI 776.407/MA, DJe 1/6/10).

Todavia, quando a mesma questão surge mediante reclamação constitucional, o STF julga improcedentes tais pleitos, com base na ausência de similitude fática entre o precedente e o caso que deu origem à reclamationária⁵³. Em

⁵¹ AgR na Rcl. 8.175/RN, Rel. Eros Grau, Pleno, DJe 6/8/2010.

⁵² Nesse sentido, ver Decisões Monocráticas nos RE 638.736/MG, Min. Dias Toffoli, DJe 14/3/2014; AgR no RE 729.107/DF, Min. Marco Aurélio, 20/11/2013; AI 801.009/MA, Min. Gilmar Mendes, DJe 8/10/2013; AI 761.701/MS, Min. Dias Toffoli, DJe 6/6/2013; AI 835.426/MA, Min. Gilmar Mendes, DJe 25/3/2013; AI 723.555/MG, Min. Dias Toffoli, DJe 11/10/2012; AI 736.156/MA, Min. Dias Toffoli, DJe 24/4/2012; RE 553.431/RS, Dias Toffoli, DJe 3/6/11; RE 627.722/MA, Cármen Lúcia, DJe 30/11/10; AI 811.739/MA, Gilmar Mendes, DJe 15/10/10; AI 804.874/MA, Ricardo Lewandowski, DJe 20/8/10; RE 584.087/SE, Ayres Britto, DJe 10/6/10. Decisões colegiadas: ED no AI 761.701/MS, Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, 27/11/2013.

⁵³ Decisões Monocráticas na Rcl. 9.441/PB, Min. Rosa Weber, DJe 8/8/2014; 2.986/SE, Min. Celso de Mello, 17/3/2014; Rcl. 6.394/MS, Min. Gilmar Mendes, DJe

caso semelhante ao acima transcrito, em que o reclamado declarou a inconstitucionalidade de lei municipal (Ipatinga/MG), que definia como pequeno valor a quantia de quinze salários mínimos, o Min. Ayres Britto⁵⁴ afirmou o seguinte:

“[...] Ora, no âmbito dos presentes autos, o que pretende o reclamante? Exigir integral respeito aos motivos determinantes do julgado proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.868. Motivos que, segundo ele, reclamante, não foram observados pelo Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Coronel Fabriciano/MG, ao proferir a decisão reclamada. Deslembro de que, na decisão alegadamente violada, não estava em causa a Lei nº 2.323/2007, que definiu como de pequeno valor, para a Fazenda Pública do Município de Ipatinga/MG, a quantia de quinze salários mínimos. Sendo assim, avulta a impertinência da alegação de desrespeito à decisão tida por paradigmática. [...] O que pretende o reclamante é, na verdade, a própria declaração de constitucionalidade da nº 2.323/2007, do Município de Ipatinga/MG, Lei não examinada na ADI 2.868. Ainda que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal sinalize a declaração de constitucionalidade da mencionada norma, em eventual julgamento de ação direta especificamente proposta para tal fim, é indispensável que se respeitem os contornos jurídico-processuais da via instrumental própria (a ADI ou a ADC) [...]”

5. Considerações conclusivas

A consolidação da rejeição formal da tese da transcendência dos motivos determinantes por parte do STF é uma das primeiras conclusões que se pode extrair da análise jurisprudencial sobre o tema. Desde sua primeira aplicação, a tese não se estabeleceu de maneira unânime entre os ministros, uma vez que alguns deles negavam-lhe validade em decisões monocráticas. Não obstante, inúmeras manifestações do Tribunal a utilizaram como fundamento para conhecimento e provimento de reclamações constitucionais ao longo de sua vigência (2003-2010). Entretanto, é perceptível que, após a decisão na Rcl. 3.014/SP, a Corte não reconheceu, na grande maioria dos casos, ao menos de um ponto de vista formal e explícito, qualquer validade à tese da transcendência dos motivos determinantes.

Não obstante o anteriormente afirmado e tomando como parâmetro comparativo as hipóteses de aplicação da tese elencadas mais acima, percebe-se que algumas delas continuaram a ser aplicadas mesmo após

22/5/2013; Rcl. 14.352/MG, Min. Rosa Weber, DJe 3/9/2012; Rcl. 5.959/AL, Dias Toffoli, DJe 17/3/11; Rcl. 5.156/AL, Joaquim Barbosa, DJe 20/9/10. Decisões Colegiadas: AgR. na Rcl. 4.532/PI, Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 12/8/2014; AgR. na Rcl. 4.247/PI, Min. Joaquim Barbosa, DJe 5/5/2011;

⁵⁴ Rcl. 5.585/MG, Ayres Britto, DJ 1/2/12.

a decisão na Rcl. 3.014/SP. Os exemplos mais importantes são aqueles que envolveram a interpretação da ADI 1.662/SP, uma vez que o deferimento do pedido reclamationário em tais casos não se explica, somente, pela declaração de (in)constitucionalidade da lei ou norma infraconstitucional. Além de demonstrar contradições em seus pronunciamentos, as referidas decisões apontam que os ministros divergem sobre qual seria o conteúdo da tese, ou seja, são variadas as interpretações sobre o que significa estender força vinculante à fundamentação do julgado, uma vez que a fundamentação das decisões nos casos que envolveram a referida ADI não poderia ser encontrada na parte dispositiva, mas, geralmente, em trechos selecionados das ementas.

Nos debates ocorridos nas Rcl. 3.014/SP, 9.723/RS e 13.115/RS, por exemplo, são patentes as discordâncias entre os ministros sobre o que configuraria o efeito vinculante transcendente. Nesse sentido, mesmo após sua formal rejeição, a existência de decisões que, indiretamente, ainda aplicam a tese pode ser explicada pelas diferentes interpretações que surgem sobre o que ela significa⁵⁵.

Neste passo, uma das atuais justificativas para o indeferimento de reclamações após a Rcl. 3.014/SP é a ausência de similitude fática entre a decisão reclamada e a vinculante. Apesar de os ministros discordarem sobre o que seriam as similitudes fáticas capazes de ensejar a propositura da via reclamationária (por vezes consideram que é prescindível a identidade dos atos impugnados; por vezes consideram como ponto essencial), é válido ressaltar que, mesmo

⁵⁵ Preferimos reforçar a ideia de que os ministros divergem de boa fé acerca da interpretação do efeito vinculante, a sufragar a ideia de Borlina (2012, p. 50) de que alguns ministros – ou talvez a Corte – esquivam-se da discussão sobre o limite do efeito vinculante das decisões de controle abstrato de constitucionalidade, sem, no entanto, abandonar por completo a tese.

sendo uma restrição a certa transcendência dos motivos determinantes, não se pode negar que se trata, ainda, de um efeito que se irradia para além da parte dispositiva, porquanto tenderia a alcançar atos diversos daqueles originalmente impugnados, com partes que não participaram da contenda original, advindos de entidades diversas da federação e baseados na interpretação feita pelo Tribunal, desde que possuam semelhanças com o caso paradigma. É importante, todavia, notar que o caso da Rcl. 8.175/RN poderia ser considerado diferente daquele da Rcl. 9.723/RS, uma vez que, na primeira, o regime constitucional e os princípios políticos que regem as duas categorias de agentes políticos (Juizes e MP) são diferentes. Por outro lado, o regime legal de eleições para cargos de direção nos tribunais deveria ser único e uniforme no país. Dessa forma, a análise de similaridades e identidades feita pelo tribunal não se resumiria a um simples cotejo entre os textos normativos.

As duas últimas conclusões seguintes estão, de certo modo, interligadas e podem ser resumidas na seguinte assertiva: os precedentes oriundos de ações constitucionais cujas decisões produzem efeito vinculante são aplicados e possuem força normativa independentemente de sua característica vinculante, uma vez que o plenário do STF tem afirmado, reiteradamente, que as reclamações constitucionais não são o meio procedimental mais adequado para a interpretação dos mesmos ou de declarações incidentais de (in) constitucionalidade. O que não impede que o STF reconheça a força vinculante dos fundamentos em outras vias processuais

Com efeito, os julgados dotados de efeito vinculante possuem uma importante força argumentativa na decisão de outros casos em que possam ser utilizados como precedentes, tal como visto nas ADI 2.868/PI e 3.260/RN. Em ambas, a fundamentação (a razão de decidir) exerceu papel determinante no julgamento

dos recursos extraordinários, Agravos de Instrumento e ADIns subsequentes de temáticas semelhantes. No entanto, ainda que não se possa afirmar, com segurança, que essa força argumentativa tenha sido imposta pelo efeito vinculante, o último não foi suficiente para que os casos posteriores, que surgiram mediante Reclamação (mecanismo que surge no ordenamento como consequência prática da existência do efeito vinculante⁵⁶), fossem julgados de acordo com a decisão vinculante paradigma. Dito em outras palavras, a vinculação formal imposta pela Constituição não foi suficiente para que, sempre e de qualquer maneira, os julgados dotados de efeito vinculante fossem aplicados em seus fundamentos quando a vinculação formal se fazia presente de maneira mais latente (ou seja, quando o caso chega ao STF na via reclamatória).

Nesse passo, parece correto afirmar que o STF não descarta dos fundamentos determinantes dos julgados, algo que não foi (nem poderia ser) eliminado pela decisão na Rcl. 3.014/SP. Portanto, a preocupação com a igualdade na interpretação do direito permanece, uma vez que os fundamentos dos precedentes são sempre manejados para justificar sua aplicação, ainda que haja uma restrição quando o argumento da igualdade na interpretação do direito é veiculado mediante reclamação. Consequentemente, o indeferimento das reclamações e a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva justificam-se pela garantia de outros direitos fundamentais igualmente importantes, quais sejam o do contraditório e o da ampla defesa. Com efeito, conforme se observa nas decisões do STF que aplicam os fundamentos determinantes das decisões dotadas de efeitos vinculantes em procedimentos diversos da reclamação, o direito à igualdade na interpretação do direito é e pode

ser garantido por outros meios processuais que garantam os sobreditos direitos fundamentais.

As conclusões acima reforçam o argumento de que o efeito vinculante possui uma faceta instrumental processual e que não está, necessariamente, relacionado a aspectos substanciais inerentes à posição do STF no ordenamento constitucional.

A última conclusão do trabalho está intimamente ligada à derradeira das duas conclusões acima, porquanto a análise da jurisprudência mais recente do STF demonstra que a reclamação constitucional, da maneira atualmente regulamentada, é incompatível com quaisquer interpretações do efeito vinculante que possibilitem a declaração incidental de (in) constitucionalidade, bem como aquelas que permitam a aplicação dos precedentes por meio de sua fundamentação. As críticas mais contundentes às interpretações ampliativas do papel da reclamação no STF foram feitas pelo Ministro Joaquim Barbosa. Para o Ministro, a reclamação constitucional não serviria para discussão original e inédita da inconstitucionalidade de normas que não foram cogitadas no acórdão paradigma, pois ela não substitui o controle de constitucionalidade, abstrato ou concreto, originário ou recursal⁵⁷. Ademais, considera que a reclamação constitucional possui rito abreviado, de instrução restrita, em que dispensa notificação de eventuais interessados no pleito. Portanto, a fim de assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa, seria inadequado elastecer o campo de questões controvertidas para abarcar assuntos que não foram examinados pelo precedente⁵⁸.

Por fim, é possível afirmar, considerando todo o exposto, que o Tribunal não rejeitou, por completo ou substancialmente, a tese da trans-

⁵⁶ Nesse sentido, ver ADC 1/DF e Rcl. 1.880/SP.

⁵⁷ Rcl. 5.156/AL, Joaquim Barbosa, DJe 20/9/10.

⁵⁸ Rcl. 4.090/PI, Joaquim Barbosa, DJe 14/10/2010.

condência, mas é inegável que restringiu significativamente seu alcance. Ainda que seja muito cedo para concluir se a limitação da aplicação da tese ocorreu por limitações procedimentais da reclamação ou por conta de uma interpretação mais substantiva sobre os limites do efeito vinculante, os resultados obtidos demonstram uma maior força da primeira hipótese, na medida em que os fundamentos determinantes dos julgados vinculantes continuam sendo utilizados em outros procedimentos, contudo, são aplicados de maneira mais limitada no bojo do mecanismo considerado como capaz de restaurar a validade da decisão vinculante violada. Portanto, é impossível prever se a tese poderia ser aplicada em sua modalidade mais ampla, caso as deficiências apontadas pelo Min. Joaquim Barbosa fossem supridas ou que, mesmo sendo feitas alterações no procedimento da reclamação, a tese ainda seria considerada inadequada pelo tribunal. Neste último caso, novas considerações deverão ser formuladas sobre o efeito vinculante e sobre sua relação com a reclamação.

A única certeza, todavia, é a de que, apesar de sua rejeição pela maioria da Corte, o tema da transcendência dos motivos determinantes voltará a ocupar a pauta do STF em um futuro breve.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 115-133.

_____. *Controle abstrato de constitucionalidade*. Saraiva: São Paulo, 2004.

BORLINA, César Santos. *Limite do efeito vinculante das decisões de controle abstrato de constitucionalidade: estudo a partir da reclamação constitucional*. 2012. 130f. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

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

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2003.

LEAL, Roger Stiefelman. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.27, n.8, 89-115, 2012.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing, 1997.

MAGALHÃES, Breno Baía. Efeito vinculante: o que ele não é. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 14, n. 104, p. 707-730, 2013.

_____; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto?. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 195, p. 77-95, jul./set. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAUÉS, Antonio G. Moreira. Ensaio sobre a harmonização da jurisprudência constitucional. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al (Org.). *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 83-97.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no supremo tribunal federal. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.) *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORATO, Leonardo Lins. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLLERO TASSARA, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana et al (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 19-52.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. 269f. Tese (Doutorado) – Departamento de direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

_____; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, jan./jun., p. 21-44, 2009.