

## Opinião: A reclamação no controle da aplicação de precedentes

A valorização dos precedentes dos tribunais superiores, transformando-os em vinculantes e de observância obrigatória, não consegue se concretizar com a simples proclamação de teses rotulando-as de precedentes a serem seguidos. Todo e qualquer enunciado fica sujeito à interpretação de quem dele se utiliza, de forma que o entendimento que a ele está sendo conferido pode ser certo ou errado. Ademais, verifica-se que, diante da vinculação imposta, o tema muito comumente acaba sendo *colocado no automático*, de modo que sua simples presença em certos acórdãos conduz, notadamente os menos atentos, a entender que a natureza da questão já seria suficiente para se julgar a decisão submetida à vinculação, declarando-se, então, que o caso se resolve de conformidade com o precedente, o que, nem sempre, é correto. Desvendar quem pode atestar se o precedente foi perfeitamente aplicado é necessário,



Nesse sentido, a legislação contribui decisivamente, dado

que, antes de o Código de Processo Civil de 2015 entrar em vigor, foi editada uma norma (Lei nº 13.256/16) com a intenção declarada na sua própria exposição de motivos de evitar fossem sufocados os tribunais superiores com a aplicação de disposições impostas no novo código prestes a entrar em vigor e que facilitariam e, pois, aumentariam o acesso do jurisdicionado àquelas cortes. Modificou-se, então, no que ora interessa, a regra do artigo 988, notadamente seu inciso IV e o seu §5º. A questão não ganhou com isso novas e melhores luzes, persistindo a dúvida, a ponto de ser frequente o uso da reclamação, sem que sobre isso exista posição uniforme no Superior Tribunal de Justiça.

Recente decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (Reclamação nº 36.476, julgamento encerrado em 5 de fevereiro 2020) não pacificou a questão, mas trouxe, sem dúvida, bons argumentos para uma e outra corrente, no que tange à utilização da reclamação (artigo 105, I, f, CF) para aferir se o tribunal de segundo grau aplicou ou deixou de aplicar corretamente a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento repetitivo.

Prevaleceu no julgamento a posição da ministra Nancy Andrigh, relatora do caso, que realizou, em primeiro lugar, um levantamento histórico do instituto. Assim, lembrou que sua criação foi fruto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de preservar a competência do tribunal e garantir a autoridade de seus julgados. Recebeu o instituto, posteriormente, previsão constitucional, inclusive em relação ao Superior Tribunal, destinando-se, segundo então se entendia, a garantir "*as partes de uma determinada relação processual*". Seus efeitos eram restritos às partes do processo. Reconheceu a relatora, porém, que, com a ampliação da legislação, as incertezas somente aumentaram, passando à sua interpretação, destacando, de antemão, a falta de conciliação entre as regras do Código de Processo Civil modificadas, pois, enquanto nos incisos do artigo 988 suprimia-se uma hipótese, o §5º do mesmo artigo exatamente a disciplinava.

No minucioso voto da ministra Nancy Andrigh, procurando elucidar a contradição, ela trabalha com três elementos de interpretação.

Do ponto de vista *topológico*, entende que as hipóteses de cabimento da reclamação foram arroladas nos incisos do artigo 988, de forma a não admitir tenha o §5º do mesmo artigo criado, fora do lugar, outra hipótese de cabimento, pois os parágrafos ficaram somente para conferir o complemento ao instituto, não para criar novos casos.

No que tange ao contexto *político-jurídico*, cuidando da oportunidade da legislação, ela destaca, com apoio na exposição de motivos da Lei nº 13.256/16, que sua preocupação modificadora foi quanto ao impacto da nova norma na atividade cotidiana dos tribunais superiores, diante do que não seria pensável a ampliação do cabimento da reclamação. Aduziu, então, que a restrição da reclamação foi compensada com a previsão de um caso específico de ação rescisória voltado à decisão que se amparou em enunciado de súmula ou acórdão de julgamento repetitivo sem considerar a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o fundamento colhido de decisão repetitiva (§§5º e 6º do artigo 966, CPC).

Também abordou a questão à luz do critério *lógico-sistemático*, com base no qual afirmou que a regra singular apenas se esclarece plenamente na totalidade das normas, dos valores e dos princípios, que sairiam comprometidos caso viesse a ser suprimido o agravo interno como o meio de recorrer, admitindo-se a reclamação.

Em conclusão, o voto da relatora entendeu que a reclamação não é o instrumento adequado para o controle de aplicação dos entendimentos firmados em julgamentos repetitivos.

Na continuidade do julgamento, houve análise substancial em duas densas declarações de votos vencidos. O primeiro foi do ministro Og Fernandes, que inferiu ser a reclamação não só cabível, mas até necessária para impor o respeito ao precedente. Não seriam, assim, suficientes para esse controle o simples agravo retido e a ação rescisória, pois ambos têm a matéria neles deduzida apreciada e decidida pelo próprio órgão a que se imputa o desrespeito ao precedente, de modo que retira do tribunal superior a competência de manter íntegra e coesa sua jurisprudência.

Em oposição ao quanto constou do voto da ministra Nancy Andrigh, disse não caber ao julgador corrigir a lei, deixando de aplicá-la, sem que ela tenha sido declarada inconstitucional, de modo que a literalidade da regra, que é sua primeira forma de interpretação, imporá o reconhecimento de que está prevista no §5º, do artigo 988, a reclamação contra acórdão proferido com fundamento em julgamento de recurso especial repetitivo, de que pode a parte valer-se depois de esgotadas as instâncias ordinárias, ou seja, após a decisão proferida no julgamento do agravo interno.

A igual conclusão conduzia o voto vencido do ministro Herman Benjamin. Também nesse pronunciamento foi destacado o inconveniente do agravo interno e, mais ainda, da ação rescisória, no julgamento da qual poderá haver decisão que comporta ser combatida por meio de recurso especial, de maneira que o processo chegaria finalmente ao Superior Tribunal de Justiça por via reflexa, protelando em grande escala a demora na efetiva solução da questão. Vê na reclamação um instrumento igualmente imprescindível.

Acrescentou, de outro lado, que a não observância do precedente, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento (artigo 489, §1º, V), importaria na falta de um dos elementos da sentença, sem o qual é a decisão de ser reputada nula, de modo a valorizar o sistema, também nesta linha, o precedente.

Sem dúvida, a posição que veda poder o Superior Tribunal de Justiça examinar a correta aplicação da tese firmada em julgamento repetitivo é por demais inocente, supondo que os tribunais sejam constituídos por anjos, com o que nega o postulado, segundo o qual não há norma sem interpretação ou, como coloca Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *"toda norma, pelo simples fato de ser posta, é passível de interpretação"* (Introdução, Atlas, 2ª edição, página 264).

Se há, como é necessário, interpretação e se não existe uma pessoa ou um órgão capaz de dar a interpretação autêntica, como já se deu com o imperador Justiniano, pode haver erro e este tem de ser eliminado, precisando tão só se definir quem o pode eliminar. Nesse sentido, nada melhor que seja o órgão superior, exatamente aquele que emitiu o enunciado a que se conferiu força de precedente. Discorda-se, desse modo, do entendimento da relatora e, portanto, da decisão que prevaleceu por maioria.

O aspecto topológico destacado pela ministra Nancy Andrigh oferece somente uma aparência de certeza, que acaba sendo superada pelo velho adágio de que a lei não contém palavras inúteis, dado que também estas são lei. Melhor do que simplesmente se desprezar o quanto está previsto no inciso II, do §5º, do artigo 988 é tratá-lo como uma hipótese especial que foi destacada por depender de um pressuposto específico, que é o esgotamento das instâncias ordinárias e que é o quanto consta do artigo que da reclamação cuida.

Da mesma forma se passa quanto à ocasião da lei. Realmente, havia a preocupação relatada pela ministra quando da reforma do Código antes da sua vigência, mas da somatória da vontade e do pensamento dos que integram o órgão legislativo saiu algo diferente do imaginado. José de Oliveira Ascensão nega valor à exposição de motivos, salvo quando se revista da mesma forma específica e provenha dos mesmos autores ("Direito", Calouste Gulbenkian, 3ª edição, página 321), o que não é o caso. Assim também pensa Luís Roberto Barroso que reserva à análise histórica um papel secundário, de forma que, *"sem serem irrelevantes, não são, todavia, decisivos na fixação do sentido das normas jurídicas"* ("Curso", Saraiva, 2ª edição, página 294).

A lei aprovada ganha uma vida própria, diante da qual desaparece a vontade do legislador, a intenção que a justificou e a própria interpretação de quem a criou. Ela se transformou em algo vivo a ser considerado a partir dele próprio ou do sistema onde se insere.

Igualmente se passa com o argumento lógico. Pelo fato de existirem dois remédios específicos, ainda que não exclusivos, para discutir a aplicação do precedente (agravo interno e rescisória), os dois negam o sentido básico do recurso, que é buscar alguém superior para dirimir o conflito, o que não se tem quando é dentro do próprio órgão prolator da decisão recorrida o juízo de revisão. Com isso se nega também a plenitude do direito de defesa que supõe a existência de recurso, que, no caso, se enfraquece, dado que ele pressupõe para ser eficaz a devolução do tema a outrem que não o prolator da decisão.

Custa crer que abdique o Superior Tribunal de Justiça de aferir o cumprimento rigoroso de seus precedentes, deixando decisões que não os aplicaram corretamente transitarem em julgado fundadas numa inverdade, pois falsamente afirmam que os casos foram decididos de conformidade com o precedente da corte superior. Com isso, desaparece o vigor do precedente, aniquilando uma cultura de respeito às decisões superiores que seria fundamental, fosse criada.

A solução para isso está escrita com todas as letras no §5º, inciso II, do artigo 988 do Código de Processo Civil, sob o nome de reclamação, que se apresenta como uma forma de garantir a observância de tese firmada em acórdão proferido em julgamento repetitivo para todas as hipóteses que se adequam ao quanto posto no acórdão tratado como paradigma.

**Date Created**

25/04/2021