

Uma visão crítica da inclusão do IRDR no sistema de precedentes do CPC 2015

Daniel Carneiro Machado*

Resumo

O presente artigo apresenta análise crítica da inclusão do IRDR no sistema de precedentes instituído pelo CPC 2015, demonstrando o risco de engessamento do debate processual na construção da interpretação do Direito e a inadequada atribuição do papel de corte de precedentes aos tribunais locais de 2ª instância.

1 Introdução

A aprovação do CPC/2015 pautou-se essencialmente na busca de maior celeridade e previsibilidade à prestação jurisdicional, o que se materializou a partir da previsão de novos instrumentos processuais capazes, pelo menos na teoria, de reduzir o número de demandas e recursos perante o Poder Judiciário.

Para alcançar tal desiderato, destaca-se a incorporação ao sistema processual do “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” – IRDR, regulado nos arts. 976 a 987.

Antes de conceituar o IRDR, importante alertar sobre a crítica de Marcos Cavalcanti à terminologia do texto legal, afirmando que, em vez de “resolução de demandas repetitivas”, o ordenamento jurídico brasileiro deveria ter adotado “resolução de questões repetitivas”. O autor entende que a similitude de causas de pedir e pedidos (o que caracteriza demanda) não é o fator determinante para a caracterização de um processo como repetitivo. Esses processos identificam-se no plano abstrato por discutirem em larga escala, questões jurídicas de origem comum e homogêneas,

que podem surgir ainda que não exista qualquer similaridade entre os elementos das demandas.¹

A crítica quanto à terminologia do incidente também é endossada por Sofia Temer em excelente obra sobre o tema. Para a referida jurista, o que classifica as demandas repetitivas no contexto do CPC/2015 é a existência de questões comuns, de direito material ou processual, ainda que estas questões não representem o objeto principal a ser resolvido em juízo. Em realidade, o IRDR teria o propósito de solucionar “questões repetitivas” e não necessariamente demandas repetitivas.²

Por “demandas repetitivas” entende-se, enfim, os processos que contêm questões jurídicas homogêneas, de direito material ou processual, não havendo a necessidade da existência de uma relação jurídica substancial modelo e tampouco identidade da causa de pedir e do pedido. Basta a identificação de controvérsia sobre ponto de direito (e não de fato) que se repita em vários processos individuais e coletivos para que o IRDR possa ser utilizado e desde que haja risco à segurança jurídica e à isonomia.³

Trata-se o IRDR, em essência, de um incidente de coletivização dos denominados litígios de massa, com o propósito de evitar a multiplicação de demandas, resolvendo, em bloco, causas que versam sobre as mesmas questões jurídicas.⁴ A sua instauração se dará

* Juiz Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais. Doutor em Direito Processual pela UFMG (2016) e mestre em Direito Processual pela PUC Minas (2004). Professor titular do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Newton Paiva, em Belo Horizonte, além de professor de cursos de pós-graduação e preparação para concursos públicos na área jurídica. Ex-advogado da União e ex-procurador da Fazenda Nacional em Minas Gerais.

¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 527.

² TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 60-61.

³ *Ibidem*, p. 63

⁴ Sofia Temer faz importante advertência no sentido de que, apesar de as “demandas repetitivas” compreenderem situações que, em tese, poderiam ser classificadas como “direitos individuais homogêneos” (nas hipóteses de demandas relativas a pretensões isomórficas decorrentes de origem comum, em que as relações substanciais sejam análogas e sejam repetidas as causas de pedir e pedidos), também compreendem situações que não poderiam ser enquadradas como tal (hipóteses em que há apenas um ponto marginal em comum entre as demandas). As demandas repetitivas, no contexto no CPC 2015, abrangem situações mais amplas do que

a partir de um ou vários casos modelo⁵ representativos de uma pluralidade de outras causas idênticas quanto à matéria de direito, ficando o tribunal local habilitado a proferir uma decisão com largo espectro, definindo, com eficácia vinculante, o direito controvertido de tantos quantos se encontrarem na mesma situação jurídica.

Humberto Theodoro Jr.⁶ esclarece que o IRDR não reúne ações singulares para julgamento único. O objetivo do incidente é apenas estabelecer a tese de direito a ser aplicada em outros processos, cuja existência não desaparece, visto que apenas se suspendem temporariamente e, após, haverá de ser julgados pelos respectivos juízes. O que aproxima as diferentes ações é apenas a necessidade de aguardar o estabelecimento da tese de direito de aplicação comum e obrigatória a todas elas. O julgamento de cada uma das demandas continuará ocorrendo em sentenças próprias, que poderão, inclusive, ser de sentido diverso em razão do quadro fático distinto. De forma alguma, entretanto, os julgadores das referidas demandas poderão ignorar a tese de direito uniformizada pelo tribunal no incidente coletivo, se o conflito se situar na área de incidência da referida tese.

Existem sérias dúvidas, no entanto, se o referido instrumento processual seria realmente necessário e se, de fato, os objetivos almejados pelo legislador serão alcançados e a que custo isso poderá ocorrer.

Gláucio Maciel Gonçalves e Victor Dutra⁷ apontam, de maneira crítica, razões que poderiam

demonstrar a desnecessidade da importação da referida técnica processual. Primeiro, porque o Supremo Tribunal Federal tem julgado causas efetivamente importantes a partir da instituição da repercussão geral pela EC 45/2004, fixando teses jurídicas de caráter prospectivo, cujos efeitos repercutem sobre todas as demandas que versam sobre tema semelhante. Segundo, porque o regime processual de julgamento de recursos especiais repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça tem, de igual modo, possibilitado a definição de teses infraconstitucionais com efeitos em outras causas. Terceiro, porque o Superior Tribunal de Justiça é a corte superior encarregada de uniformizar a interpretação do direito federal, sendo que os tribunais de segundo grau, que serão os destinatários do IRDR, não estão ainda preparados para decidir as inúmeras teses jurídicas que lhes serão submetidas, o que, sem sombra de dúvida, acarretará a suspensão indefinida das demandas em primeiro e segundo grau por prazo não razoável.

É por isso que o referido incidente é, sem dúvida alguma, a mais impactante modificação surgida desde o início das discussões da elaboração do CPC/2015, sendo que a sua inclusão no novel sistema de precedentes vinculantes instituído pelo CPC/2015 não pode ficar incólume a uma análise crítica da adequação e dos riscos que isso pode acarretar.⁸

Longe da pretensão de esgotar o tema, o presente artigo tem o propósito apenas de instigar o debate, trazendo a lume uma análise acerca da inadequação da inclusão do IRDR como um precedente vinculante.

2 O movimento de aproximação dos sistemas *civil law* e *common law*: a valorização da jurisprudência no Brasil como fonte normativa do Direito

Para facilitar o estudo dos sistemas de direito contemporâneo, René David os agrupa em famílias, reduzindo os tipos de modo a facilitar sua compreensão e apresentação. O autor trata da família romano-germânica, da família *common law* e da família dos direitos socialistas. O próprio autor ressalta que essas famílias não refletem toda a realidade do mundo

os direitos individuais homogêneos, o que é um motivo para evitar o emprego deste termo como se fossem sinônimos. (Ibidem, p. 62)

⁵ Tal como previsto na legislação brasileira, o IRDR pode, em tese, ser instaurado a partir de qualquer "processo modelo", sendo irrelevantes os argumentos ali apresentados, se mais ou menos complexos do que os aduzidos em outros casos. Não há previsão na novel legislação de critérios objetivos para escolha da causa piloto ou qualquer forma de controle da representatividade adequada da atuação dos sujeitos processuais. O tema é objeto de análise aprofundada em obra que escrevi sobre o IRDR. MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁶ THEODORO JR., Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim de. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (coord.). *Primeiras linhas sobre o novo Direito Processual Civil brasileiro* (de acordo com o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 736.

⁷ GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas no

Código de Processo Civil de 2015. *RIL* Brasília a. 52 n. 208 out./dez. 2015, pp. 190-191.

⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 612.

contemporâneo, mas são úteis para apresentar um quadro sistemático com as principais características e significados.⁹

O sistema romano-germânico, também chamado *civil law*¹⁰, baseia-se primordialmente nas codificações, e o sistema anglo-saxão, conhecido como *common law*¹¹, fundamenta-se na tradição e na teoria dos precedentes.

Acerca das principais diferenças entre os dois sistemas, Luiz Guilherme Marinoni¹² ensina que, no *common law*, os textos codificados não têm sua principal preocupação em apresentar ao juiz todas as regras e soluções para todos os tipos de problemas das relações sociais, mantendo entre seus principais aspectos a possibilidade de o juiz interpretar e integrar a lei, já que, na base deste sistema, está o reconhecimento de que é impossível ao legislador regular todas as possíveis situações humanas.

Por sua vez, a principal fonte das normas jurídicas, no âmbito do *civil law*, sempre foi tradicionalmente a lei, como estrutura abstrata e fechada, voltada à regulação de todas as relações humanas, funcionando o “precedente judicial” dos tribunais apenas como uma espécie de reforço argumentativo e persuasivo acerca da melhor interpretação da disposição legal ou constitucional.

Existe atualmente, no entanto, um movimento global nos Estados ocidentais voltado à flexibilização das fronteiras e à convergência entre os dois sistemas, seja pelo aumento da codificação no *common law* para regulação das condutas sociais, seja pela implementação de técnicas processuais de vinculação de precedentes e de padronização decisória no *civil law*.¹³

A crescente aproximação e a mútua influência entre os referidos sistemas são muito bem retratadas na lição de Lorena Miranda Santos Barreiros:

[...] a *civil law*, tradicionalmente racionalista, vem sendo aproximada da realidade histórica e do empirismo, o que é possível de ser observado, por exemplo, com o fenômeno da decodificação, conducente, no Século XX, à proliferação de leis extravagantes e ao surgimento de microssistemas jurídicos, aos quais as codificações oitocentistas tiveram de ceder espaço. Também contribuem decisivamente para essa mudança o papel central assumido pelas Constituições (e a necessidade de concretização dos valores nela inseridos) e a adoção, em larga escala, da técnica de legislar por meio de cláusulas gerais, ampliativa do papel do juiz na construção do direito. Por outro lado, a *common law* vivencia a crescente influência do direito legislado, ao ponto de a Inglaterra, país no qual teve origem a tradição anglo-saxônica, haver adotado, no final do Século XX, um Código de Processo Civil (*as RCP – Rules of Civil Procedure*, de 1999), a despeito de, sabidamente, as codificações não possuírem, nos sistemas de tradição de *common law*, o sentido totalizante que alcançaram na tradição romano-germânica oitocentista.¹⁴

⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Lisboa: Meridiano, 1978 p. 22.

¹⁰ “[...] o termo *Civil Law* refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por, praticamente, todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles – como os países da América Latina. O que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. É claro que cada qual recebeu grande influência também do direito local, mas é sabido que, em grande parte desses países, principalmente os que são ex-colônias, o direito local cedeu passagem, quase que integralmente, aos princípios do Direito Romano. E, por isso, a expressão *Civil Law*, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico.” VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007, p. 270.

¹¹ O sistema do *common law*, por sua vez, possui balizamento firme nas decisões judiciais. Consiste, basicamente, em princípios, usos e regras de ação, aplicáveis ao Estado e à sociedade, cuja autoridade não é positivada em um ato normativo do Poder Legislativo, mas substancialmente criada pelos costumes e pelas decisões judiciais. Assim, o decidido (*ratione decidendi*) torna-se precedente, *holding*, paradigma, *leading case*, *binding case*, ou seja, a jurisprudência passa a constituir fonte do Direito. A isso chamamos de sistema do *stare decisis* (*stare decisis, et non quita movere* – aderir ao que está decidido e não alterar as coisas que estão estabelecidas). ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. Ano 37, vol. 208, jun 2012, pp. 206-207.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 55-56.

¹³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 310-312.

¹⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. (coords.) *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do NCP. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 187.

O sistema *common law* e o *civil law* representam, dentro desse novo contexto, aspectos de uma mesma e grande tradição jurídica ocidental.¹⁵

O ordenamento jurídico brasileiro, de tradicional filiação ao sistema romano-germânico¹⁶, não ficou imune ao referido movimento de convergência entre os dois sistemas, tendo sido implementadas ao longo dos últimos anos modificações legislativas dotadas de nítida influência do *common law*.

José Carlos Barbosa Moreira já alertava há mais de uma década que

[...] indubitável que o peso do universo anglo-saxônico tem aumentado no direito brasileiro, talvez mais noutros campos, agora diretamente alcançados pelas vagas da globalização econômica, mas também no terreno do processo civil [...]¹⁷.

Sergio Gilberto Porto¹⁸ também destaca a ocorrência do que denomina de “commonlawlização” do direito brasileiro, haja vista a forte tendência de valorização da jurisprudência como fonte de direito.

Sofia Temer aponta, por sua vez, alguns motivos importantes que culminaram na maior valorização

das decisões judiciais no sistema brasileiro, entre os quais se destacam a “falência da concepção de que a lei seria suficiente e unívoca, dispensando, por isso, qualquer atividade interpretativa e/ou criativa do direito” e “a crescente exigência de segurança jurídica, racionalidade, previsibilidade, uniformidade e coerência, mormente diante da explosão da quantidade de processos judiciais, muitos versando sobre as mesmas questões [...]”¹⁹. A percepção pelos operadores do Direito de que o texto legal não é fechado, mas deve ser interpretado, e que o juiz tem papel criativo no exercício da jurisdição evidenciaram a necessidade de abandonar dogmas do *civil law*, para buscar segurança jurídica e a previsibilidade em outras fontes que não na lei, como na decisão judicial.

Percebe-se facilmente, nessa nova perspectiva, que as disposições legais e as codificações no Brasil estão permeadas de princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados ou abertos que transferem para o juiz o papel de integração do Direito na solução dos conflitos sociais. São vários os exemplos: plausibilidade do Direito, perigo da demora, boa-fé objetiva, relevância social, função social da propriedade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade.

Como preencher esses conceitos? Como dar a eles força normativa, para estabelecer regras de conduta e consequências jurídicas na solução concreta dos conflitos? A partir do momento em que a lei não o faz, a tarefa passa ao juiz e aos tribunais que, apoiados na doutrina, assumem um papel de interpretação e “criação” do Direito.

É natural, portanto, que, diante da referida postura legislativa, caiba à jurisprudência, na sua força criativa complementar, estabelecer o melhor e mais adequado entendimento acerca da inteligência das cláusulas gerais e das normas jurídicas incompletas, firmando os limites de sua interpretação e de seus efeitos práticos diante de cada caso.²⁰

Nas palavras de Gustavo Nogueira,

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Apresentação. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 7.

¹⁶ Em sua clássica obra, René David explica que “as colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas da América aceitaram de modo natural as concepções jurídicas típicas da família romano-germânica”. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Lisboa: Meridiano, 1978 p. 77.

¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 41-42.

¹⁸ Segundo Porto, cumpre, outrossim, registrar que, hodiernamente, em face da globalização — a qual para o bem ou para o mal indiscutivelmente facilitou as comunicações — observa-se um diálogo mais intenso entre as famílias romano-germânicas e a da *common law*, onde uma recebe influência direta da outra. Da *common law* para *civil law*, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira “commonlawlização” no comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, a disposição da comunidade jurídica. Realmente, a chamada “commonlawlização” do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestígio da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz. In PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre common law, civil law e o precedente judicial*. Estudo em homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão. 2007, p. 06. Disponível em: www.abdpc.org.br. Acesso em: 22 abr. 2016.

¹⁹ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 199.

²⁰ THEODORO JR., Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim de. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (coord.). *Primeiras linhas sobre o novo Direito Processual Civil brasileiro* (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 673.

[...] a partir do momento em que nossos monumentos legislativos contêm omissões, e elas são supridas pelos nossos Tribunais, aproximamos da *common law*. *Judge made law*, puro *judge made law*²¹.

Nesse contexto de aproximação dos sistemas jurídicos e de influência das técnicas de julgamento do *common law*, a adoção de um “sistema próprio de precedentes vinculantes” pareceu ao legislador infraconstitucional uma opção legítima para, em curto prazo, minimizar a crise causada pela “justiça intempestiva” no Brasil.²²

É notório que o sistema de justiça do Brasil atravessa uma grave crise institucional. A enorme quantidade de processos, o aumento da litigiosidade de massa, a demora e a burocracia processuais, além do alto grau de instabilidade jurídica provocada pelos acontecimentos políticos, sociais e econômicos, colocaram na ordem do dia a temática sobre a criação de técnicas processuais e outras medidas que pudessem assegurar a celeridade da uniformização jurisprudencial e, por conseguinte, uma maior previsibilidade decisória.

A tendência de se criar mecanismos de valorização dos julgamentos dos tribunais começou a se destacar nas reformas legislativas implementadas no Direito Processual brasileiro desde a Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004.²³

Cita-se, a propósito, a introdução da “súmula vinculante”, que, nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci, foi

[...] concebida como mecanismo de aceleração dos julgamentos, em decorrência do óbice a demandas fulcradas em teses jurídicas já pacificadas na jurisprudência dominante [...]²⁴.

A referida reforma constitucional introduziu, ainda, a “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade específico (filtro) para o recurso extraordinário, dando caráter mais objetivo e abstrato ao controle difuso de constitucionalidade pelo

Supremo Tribunal Federal, possibilitando que os efeitos do julgamento de alguns poucos recursos se irradiassem para outros casos concretos.

A partir da introdução da repercussão geral, o simples prequestionamento da questão constitucional não é suficiente para o cabimento do recurso extraordinário. O recorrente deverá demonstrar a relevância da matéria sob a ótica econômica, política, social ou jurídica, que transcende o mero interesse subjetivo das partes litigantes. Ao regulamentar o instituto, a Lei 11.418/2006 introduziu o § 5º ao art. 543-A do CPC de 1973, dispondo que, se negada a repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre a mesma matéria, que serão indeferidos liminarmente, ressalvada a hipótese de revisão da tese.

Destaca-se também a criação do regime de julgamento dos recursos especiais repetitivos pela Lei 11.672/2008, aperfeiçoada no CPC/2015, que implementou a técnica processual de “pinçamento” do caso modelo ou causa piloto para a resolução da questão de direito de maneira uniforme para todas as demandas repetitivas. Trata-se de uma técnica pela qual o tribunal de origem seleciona um ou mais recursos representativos da controvérsia e os encaminha ao Superior Tribunal de Justiça, sobrestando os demais recursos sobre a mesma questão jurídica até o pronunciamento da corte superior acerca da definição da tese jurídica.

Seguindo esse mesmo propósito, o legislador do CPC/2015 implementou um sistema próprio de precedentes para o Direito Processual Civil.

A temática é relevante e causa preocupação quando, diante do modelo constitucional de processo concebido pela Constituição de 1988, depara-se com o *status* de precedente vinculante atribuído ao julgamento do IRDR de competência de tribunal local de segunda instância, corte de mera revisão, cujo papel, conforme se demonstrará a seguir, não se confunde com o dos tribunais superiores, os quais possuem a competência constitucional de definição de teses jurídicas e uniformização da interpretação do direito.

Ressalta-se, ademais, o grave risco de engessamento da interpretação do Direito em uma sociedade plural em constante modificação e, ainda, de esvaziamento do papel do juiz da primeira instância no debate processual. Em prol de estatísticas e da celeridade processual, o julgador poderá se tornar um “juiz eletrônico” que apenas reproduz, de maneira

²¹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 51.

²² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 281.

²³ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 141.

²⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e, op. cit., p. 281.

quase que automatizada, a tese jurídica (de caráter normativo) já definida pelo tribunal local. Sob o mito da igualdade, corre-se extremado risco de asseverar as desigualdades considerando a heterogeneidade existente no Brasil, País de dimensão continental, com nuances regionais acentuadas. Assim, há o perigo de se negar a igualdade por se tratar igualmente cidadãos substancialmente diferentes. A igualdade substancial ou material concretiza-se quando se trata desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Com efeito, o juiz de primeiro grau da jurisdição é, em regra, aquele que realiza o primeiro contato direto com as particularidades do conflito vivenciado pelas partes, participando efetivamente do debate processual. A verticalização e a vinculação pura e simples aos julgamentos dos tribunais, especialmente dos de segundo grau como ocorre no caso do IRDR, podem acarretar precipitação, reduzindo o espaço cognitivo do processo, espaço essencial ao debate público dos fundamentos aduzidos pelas partes.

Diante dessa rígida verticalização do sistema de Justiça, impõe-se a necessidade de se verificar a adequação da inclusão do IRDR no sistema de precedentes criado pelo CPC/2015, mormente em relação ao efeito vinculante atribuído ao julgamento do incidente coletivo pelos tribunais de segunda instância que não podem ser considerados verdadeiras cortes de precedentes.

3 Apontamentos sobre precedente e seus elementos

Para a melhor compreensão do tema e sua contextualização no CPC/2015, não se deve confundir ou utilizar como sinônimos os termos “precedente”, “jurisprudência” e “súmula”. Busca-se apenas estabelecer algumas premissas e distinções necessárias para possibilitar a análise do IRDR e da sua concepção como “precedente” no sistema instituído pelo CPC/2015.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, precedente é “a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea deixando-a cristalina”²⁵ e, por isso, deve formar-se a

partir da análise de todos os principais argumentos e, preferencialmente, em mais de um caso concreto, mediante a construção da solução judicial mais completa possível acerca da questão de direito que passa por diversos casos.

Para Lênio Streck e Georges Abboud, “o precedente constitui-se como critério normativo a ser seguido em novos casos nos quais exista idêntica questão de direito”²⁶. Os precedentes devem constituir, portanto, as principais decisões de determinado ordenamento jurídico, cuja função primordial consiste em servir de modelo para decisões posteriores.

O núcleo essencial do precedente constitui a chamada *ratio decidendi*, vale dizer, a tese jurídica fixada pelo julgador como fundamentação determinante para a resolução do caso concreto, que, nas palavras de Fredie Didier, “se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída”²⁷.

Ao lado da *ratio decidendi*, o precedente judicial também pode ser composto por considerações periféricas, no entanto, desprovidas de força vinculante para julgamentos posteriores. Denominam-se *obiter dictum* os argumentos jurídicos expostos apenas de passagem na fundamentação do julgado, caracterizando, na essência,

[...] juízos normativos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão [...] ²⁸.

O *obiter dictum* é normalmente identificado por exclusão, sendo compreendido como tudo aquilo que não integra a *ratio decidendi*. É composto pelos elementos do precedente que não se identificam com o núcleo da fundamentação do julgado, configurando qualquer conclusão a que chega o tribunal, mas que não é essencial para o julgamento do caso concreto²⁹.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2010, p.216.

²⁶ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto — o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 63.

²⁷ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 428.

²⁸ *Ibidem*, p. 430.

²⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 139.

Assim, apesar de não se prestar para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, o *obiter dictum* pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão³⁰.

A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* se mostra fundamental em um sistema de precedentes vinculantes, como o proposto pelo CPC/2015, na medida em que o efeito vinculante reside somente no elemento essencial da fundamentação, isto é, na parte do ato decisório que compõe a *ratio decidendi*.

Pode-se perceber, assim, que nem toda decisão proferida pelo Poder Judiciário deve adquirir o *status* de precedente judicial, mas, por outro lado, todo precedente judicial deve possuir algumas características essenciais, como a relevância de seu conteúdo jurídico, que delineia de forma cristalina determinada tese jurídica, e a antecedência, para que possa ser apto a irradiar seus efeitos para outros casos subsequentes. Além disso, nem todo o conteúdo do precedente judicial adquire força normativa vinculante, mas somente a parte do juízo decisório que fundamenta a construção de determinada tese jurídica.

Destaca-se, ainda, que o precedente possui autoridade vertical para vincular o órgão prolator da decisão e os demais que estão a ele submetidos em razão da competência hierárquica funcional e também autoridade horizontal, haja a vista a necessidade dos próprios tribunais respeitarem os seus julgamentos.³¹

O precedente possui força vinculante no *common law*, pois, como fonte inovadora do Direito, deve dar consistência ao sistema, assegurando a coerência e segurança jurídica. E quem diz que o precedente vincula não é a lei, mas outro precedente. Isso porque aquele sistema não se baseia na lei, mas é formado por decisões judiciais proferidas nos casos concretos, a partir das quais se extrai a norma de direito genérica que vai se reproduzindo nos casos subsequentes.³²

A jurisprudência é, por sua vez, uma

[...] sucessão de acórdãos consonantes, sobre um mesmo tema, prolatados de modo reiterado e constante, por órgão jurisdicional colegiado, num mesmo foro ou Justiça [...]³³.

A jurisprudência dominante, tal como atualmente é concebida e aplicada pelos tribunais no Brasil, nem sempre se baseia em um verdadeiro “precedente judicial”, mas muitas vezes em julgamentos desprovidos de ampla fundamentação que simplesmente foram reprimidos em outros casos semelhantes sem maior cotejo dos argumentos apresentados pelas partes.

Nessa perspectiva, quando um precedente judicial imbuído de relevância e de substancial conteúdo jurídico é reiteradamente aplicado pelo Poder Judiciário em casos semelhantes se transforma em jurisprudência, que pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal.

Nas palavras de Nelson Nery e Rosa Nery, a súmula é o

[...] conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzido em forma de verbetes sintéticos numerados e editado [...].

A finalidade da súmula é

[...] fixar teses jurídicas *in abstracto* que devem ser seguidas pelos membros do tribunal, de modo a facilitar o exercício da atividade jurisdicional pelo tribunal que as editou [...].³⁴

As vinculantes, introduzidas pela Emenda Constitucional 45, de 2004, possuem, por sua vez, efeito incontestável, ou seja, o efeito de que nenhum juiz, tribunal ou a Administração Pública está livre ou autorizado a contrariar a súmula em suas decisões. Criam elas, assim, um compulsório para todas as demais interpretações sobre a mesma matéria.

As súmulas são, portanto, enunciados de caráter geral e abstrato, características semelhantes às presentes na lei, que retratam o posicionamento de determinado tribunal acerca de um determinado tema, pois extraídos da *ratio decidendi* de casos anteriormente julgados.

³⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÉDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de (coords). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, pp. 445-458, 2015, p. 177.

³¹ NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 199, set. 2011, p. 438.

³² NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 129-130.

³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2010, p. 47.

³⁴ JUNIOR, Nelson Neri; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: RT, 2009, p. 529.

4 O sistema de precedentes adotado pelo CPC/2015: crítica à inclusão do julgamento do IRDR como “precedente vinculante”

Feitos tais apontamentos introdutórios, percebe-se que o CPC/2015 intenta aproximar o sistema judicial brasileiro ao sistema de valorização dos precedentes vinculantes, com nítida influência do *common law*.

Ao contrário do que ocorre naquele sistema, a força vinculante e a valorização dos precedentes não decorreram da interpretação e construção do Direito pelos tribunais, mas por imposição da própria codificação, que introduziu, por lei ordinária, a autoridade vinculante de alguns julgamentos dos tribunais, inclusive de cortes regionais e locais da segunda instância, para reduzir o grau de imprevisibilidade jurídica no sistema de Justiça no Brasil.

De acordo com a novel legislação, o precedente judicial não detém somente a função persuasiva de orientar a interpretação dos dispositivos legais ou constitucionais, mas passa a obrigar o julgador a adotar o mesmo fundamento de decisão proferida anteriormente, aproximando-se o sistema brasileiro da teoria do *stare decisis* (doutrina característica do *common law*, decorrente da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, em uma tradução livre: mantenha-se a decisão e não se mexa no que foi estabelecido)³⁵.

Segundo Lênio Streck e Georges Abboud, as normas do CPC/2015 se amparam na crença de que os mecanismos vinculantes forjados para funcionar verticalmente assegurariam a concretização da almejada segurança jurídica e acabariam com o fenômeno daquilo que se convencionou chamar de jurisprudência lotérica.³⁶

Nesse sentido, o art. 926 do CPC/2015 dispõe que a jurisprudência dos tribunais deve se manter íntegra, coerente e estável, com intuito de que os tribunais respeitem seus próprios precedentes, evitando a oscilação da interpretação jurídica. Uma das formas de se alcançar esse intento, segundo o § 1º do referido dispositivo legal, é que os tribunais devam

editar súmulas que correspondam à sua jurisprudência dominante.

Em seguida, o art. 927³⁷ dispõe expressamente que os juízes e tribunais deverão observar nos seus julgados as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmulas vinculantes, das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, os acórdãos proferidos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e de julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo e, por fim, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Considera-se prescindível a previsão da eficácia obrigatória em relação ao julgamento do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e em relação às súmulas vinculantes, uma vez que já possuem eficácia vinculante e *erga omnes* em razão da própria Constituição da República de 1988.

As súmulas, aliás, por sua característica de síntese e abstração, não têm condições de expressar com precisão as circunstâncias de fato pertinentes aos casos julgados em que se definiu a interpretação jurídica sintetizada nos enunciados, por isso

[...] é ilógico dar-lhes a função de precedentes, na medida em que só a decisão do caso concreto é capaz de espelhar em toda a sua plenitude o

³⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana, op. cit., p. 23.

³⁶ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges, op. cit., p. 100.

³⁷ Em razão da importância do referido dispositivo legal para o sistema de precedentes adotado pelo NCPC, oportuno destacar alguns enunciados interpretativos do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: Enunciado 170 – “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos do jurisdicionais a eles submetidos”; Enunciado 173 – “Cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil”; Enunciado 318 – “Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (obiter dicta), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante”; Enunciado 460 – “O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*”. In NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei 13.105/2015. Referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/1973 reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da legislação. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 363-365.

contexto fático em que a *ratio decidendi* se insere [...] ³⁸.

A inclusão como precedente obrigatório dos julgamentos proferidos em recurso especial e extraordinários repetitivos tem, por sua vez, respaldo no papel constitucional atribuído às Cortes Supremas, o qual não se confunde com a função das instâncias ordinárias, conforme será tratado em tópico a seguir. Aliás, Marinoni³⁹ critica o fato de terem sido considerados como precedentes obrigatórios apenas os julgamentos dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, quando deveriam sê-lo também todos os demais julgamentos de recursos relevantes pelo STJ e STF, haja vista o papel jurisdicional desempenhado pelos referidos tribunais superiores.

As demais hipóteses da norma acima referida, como os acórdãos proferidos no IRDR e no incidente de assunção de competência, adquiriram por lei ordinária o *status* automático de precedente com eficácia vinculante no âmbito da estrutura hierárquica do Poder Judiciário, julgamentos que, todavia, não têm a capacidade de efetivamente garantir a unidade do direito, mas apenas primar pela celeridade processual e pelo engessamento da jurisprudência.

Ou seja, no sistema brasileiro, alguns julgamentos serão considerados, por força de lei, “precedentes judiciais obrigatórios” ainda que não proferidos pelos tribunais superiores. Atribuiu-se a presunção absoluta de que todas as decisões proferidas nas hipóteses elencadas no referido art. 927 terão relevância e ampla fundamentação para definição de teses jurídicas dotadas de verdadeiro caráter normativo, as quais repercutirão, de forma vinculante, nos casos subsequentes.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 23.

³⁹ Nas palavras de Marinoni, é um grosso equívoco imaginar que apenas as decisões proferidas em recursos repetitivos têm eficácia obrigatória. A letra do art. 927 parece supor que a função das Cortes Supremas é resolver litígios que podem se repetir em massa para, dessa forma, otimizar a administração da Justiça. Ora, isso nada tem a ver com a função das Cortes Supremas, que é de definir, mediante as melhores razões, a norma que deflui do texto legal ou constitucional. O exercício dessa função, por mudar o Direito incrementadamente, acrescentando sentido à ordem jurídica vinculante, dá origem a decisões cujas *rationes decidendi* têm natural eficácia obrigatória. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 22.

Pode-se, assim, dizer que no Direito brasileiro, diferentemente do que acontece em outros ordenamentos, o precedente é criado “para ser precedente vinculante”. Pode-se mesmo dizer que tais pronunciamentos são “precedentes de propósito [...]”⁴⁰.

Para Júlio Rossi⁴¹, criamos um precedente à brasileira: uma forma de solucionar os conflitos por meio da jurisprudência (seja ou não reiterada) que servirá de parâmetro obrigatório (não indicativo ou persuasivo), para que os órgãos inferiores do Poder Judiciário chancelem, com a mesma decisão padrão, casos assemelhados.

Na verdade, o que se instituiu pela letra da lei foi o uso obrigatório de determinados julgamentos, especialmente dos proferidos apenas pela instância ordinária, como “padrões decisórios” com o principal objetivo de acelerar o andamento das ações repetitivas e, por conseguinte, diminuir o acervo de processos em tramitação no Poder Judiciário.

Isso vai de encontro à teoria do precedente no *common law*. Um precedente não surge automaticamente ou recebe tal *status* antes mesmo que o julgamento aconteça e seja reproduzido em outros casos.

Naquele sistema, é muito difícil surgir um precedente (um padrão decisório a ser seguido) a partir de um único julgamento, o que, a toda evidência, será o caso do Brasil. Conforme destacam Dierle Nunes e Humberto Theodoro Jr. em relação ao *common law*,

[...] *nem todas as decisões se tornam precedentes, mesmo quando proferidas pela Suprema Corte (isso pode ocorrer porque a decisão dividiu o Tribunal ou porque este, de toda sorte, se expressa no sentido de que a decisão não cria precedente)* [...] ⁴².

Além disso, no *common law*, o precedente é apenas um ponto de partida que estabelece um princípio universalizável. Como ponto de partida, o juiz poderá aplicá-lo ao caso subsequente, moldando-o

⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 437.

⁴¹ ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. Ano 37, v. 208, jun 2012, p. 206.

⁴² THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e sistematização*. Lei 13.105, de 16/03/2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 358.

e adaptando-o de forma a alcançar a realidade da decisão ao caso concreto.

*O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito [...]*⁴³.

Nesse contexto, o julgamento de um caso específico somente adquire a condição de precedente a partir da participação fundamental dos julgadores dos casos subsequentes, que poderão aplicá-lo e, ainda, moldá-lo, se os conflitos se assemelharem em todos os aspectos e, principalmente, se aquele julgamento precedente realmente for dotado de relevância e ampla fundamentação para legitimar a repetição da *ratio decidendi*.

Conforme a lição de Michele Taruffo⁴⁴, o precedente fornece uma regra (universalizável) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia não é automática, ela deve ser afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevaletentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos e argumentos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente.

No mesmo sentido, Leonard Schmitz defende a formação gradativa do precedente pela adoção reiterada de determinado fundamento pelos juízes dos casos subsequentes, criticando a teoria de precedente que foi implementada no Brasil:

[...] a decisão de adotar o precedente cabe ao juiz posterior, ou seja, àquele que está no momento julgando e não se constitui uma imposição do juízo anterior como no caso da edição de súmula, máxime quando e se de caráter vinculante. Em outras palavras, esses julgamentos-paradigma formam o que se pode chamar de “padronização decisória preventiva”, consistindo em uma teoria às avessas do precedente judicial. Acreditar, como se tem acreditado no Brasil, que a ementa de decisão jurídica pode conter em si mesma as soluções para

os casos futuros é, no mínimo, uma ingenuidade, pois isso equivale a dizer que o julgador poderia abrir mão do raciocínio jurídico, utilizando o discurso previamente fabricado para justificar sua decisão.⁴⁵

Em razão da imposição legislativa no Brasil, corre-se o sério risco de que na prática judiciária o rol dos precedentes obrigatórios do CPC/2015 seja aplicado de forma absolutamente mecânica⁴⁶, com a repetição das teses jurídicas genéricas, acarretando um verdadeiro engessamento do processo argumentativo, além da restrição da participação democrática dos sujeitos afetados pelo provimento jurisdicional e também do próprio julgador de primeiro grau, cujo papel é fundamental na interpretação do Direito.

O sistema de precedente imposto pela lei servirá como um perigoso instrumento centralizador, de natureza presumidamente fechada e acabada, que engessará a interpretação do Direito por outros órgãos jurisdicionais. Cita-se no ponto a crítica de Lênio Streck para o qual o horizonte da dogmática jurídica ingressa “num universo de silêncio: um universo do texto, do texto que sabe tudo, que diz tudo, que faz as perguntas e dá as respostas”⁴⁷. Ou seja, um horizonte de restrição do debate processual e também de limitação da atuação do julgador de primeiro grau, que se tornará um “juiz eletrônico”, mero repetidor de teses jurídicas de caráter normativo firmadas pelos tribunais.

Ao contrário do que se passa no *common law*, a utilização, no Brasil, dos precedentes e, em maior medida, do direito jurisprudencial na aplicação do direito tal como realizada na vigência da legislação anterior pode favorecer a sumarização da cognição e a padronização decisória superficial para se alcançar uma justiça de números (eficiência apenas quantitativa), o que acarretará afronta à garantias do modelo constitucional de processo.⁴⁸

⁴³ RE, Edward D. *Stare Decisis*. Trad. Elle Gracie Northfleet. *Revista Forense*, v. 327, 1990, p. 38.

⁴⁴ TARUFFO, Michele. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 199, 2011, pp. 142-143.

⁴⁵ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 38, n. 220, jun. 2013, p. 361.

⁴⁶ NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre et al.(orgs.) *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 497-498.

⁴⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 107.

⁴⁸ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco Bahia; PEDRON, Flávio Quinaud, op. cit., p. 327.

Não se pode negar, pois, que o modelo de “precedentes obrigatórios” adotado pelo CPC/2015 representa uma mudança de paradigma não só para a interpretação do direito processual do País, mas na cultura jurídica brasileira, acarretando sérias consequências para a prática judiciária. Talvez por isso tal modelo deveria ter sido implementado mediante uma profunda reforma constitucional condizente com a ruptura do paradigma anterior, já que a novel legislação atribuiu aos tribunais, especialmente àqueles de segundo grau, o poder de definir teses jurídicas dotadas de caráter normativo geral e abstrato.

Nesse sentido, a crítica de José Rogério Cruz e Tucci ao art. 927 do CPC/2015:

Salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, uma vez que impõe aos magistrados, de forma cogente — “os tribunais observarão” —, os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical. Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade. À míngua de uma dogmática própria, o legislador pátrio perdeu uma excelente oportunidade para regulamentar um regime adequado da jurisprudência de nossos tribunais, entre as várias espécies de precedente judicial, a partir de sua natureza, considerando a sua respectiva origem.⁴⁹

Nelson Nery Jr.⁵⁰ e Alexandre Freitas Câmara⁵¹ também criticaram a sistemática de precedentes adotada pela novel legislação, pois o poder normativo conferido aos tribunais em razão dos julgamentos elencados no art. 927 superaria, segundo os referidos juristas, a autoridade da própria lei e da Constituição.

No que interessa ao objeto central do presente estudo, a tese jurídica⁵² firmada no julgamento do

IRDR possui *status* de precedente, adquirindo, por previsão expressa do art. 927 do CPC/2015, caráter normativo dotado de eficácia prospectiva, como uma verdadeira súmula vinculante, pois deverá ser adotada obrigatoriamente pelos tribunais locais e pelos juízes de primeira instância em relação aos casos em tramitação e aos futuros.

O juiz de primeira instância deverá observá-la, sob pena de manejo de reclamação ao tribunal local ou regional do qual emanou a tese vinculante, o qual poderá, conhecendo da via impugnativa, cassar o ato decisório e determinar que o julgador profira novo julgamento em consonância com o precedente formado no incidente coletivo.

Júlio Rossi adverte que, a pretexto de intentar resolver o problema da litigiosidade relevante e de massa (constitucional e infraconstitucional), corre-se o risco de se alcançar uma solução meramente estatística e funcionalmente conveniente, em detrimento de “*decisões qualitativamente satisfatórias sob o ponto de vista de uma prestação jurisdicional absolutamente legítima e eficiente*”⁵³.

Isso porque, segundo o referido processualista, a prática dos juízes e tribunais no Brasil carece de uma teorização ou de uma doutrina da utilização dos precedentes, na medida em que reprisam, de forma mecanizada, os julgados do Poder Judiciário em casos semelhantes ou mesmo as meras ementas de acórdãos como se fossem “precedentes”, interpretando-os e aplicando-os sem fazer a análise pormenorizada da causa da qual se originaram a partir dos debates processuais.

Nessa perspectiva, Dierle Nunes defende o delineamento de uma teoria de precedentes para o Brasil, que respeite o “processualismo constitucional democrático”, sem a perniciosa padronização decisória

⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÉDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de (coords), op. cit., pp. 445-458, 2015, p. 454.

⁵⁰ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1837.

⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., pp. 425-442.

⁵² Para Sofia Temer, “o termo ‘tese’ deve ser compreendido de uma forma ampla, compreendendo tanto os fundamentos e argumentos

sopesados como a própria conclusão sobre a questão de direito (seja em relação a sua interpretação, à sua constitucionalidade, à sua incidência em relação à determinada categoria fática). Por isso, talvez seja possível afirmar que, em relação à decisão do IRDR, há um regime de estabilidade e de eficácia vinculativa do conjunto *fundamentos apreciados à luz de uma determinada categoria fática + conclusão*. Para nós, essa é a tese jurídica.” TEMER, Sofia. op. cit., p. 212.

⁵³ ROSSI, Júlio César, op. cit., p. 204.

superficial que restringe a análise e a reconstrução interpretativa do direito.⁵⁴

Com efeito, a legitimidade da formação do precedente dependeria, segundo Dierle Nunes, dentre outras premissas elencadas, de longo e prévio debate sobre a temática antes de sua utilização como um padrão decisório. Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se formaria a partir de um único julgado.⁵⁵

O IRDR tem o principal objetivo de acelerar a resolução das causas repetitivas e o seu julgamento é considerado um precedente em razão de mera ficção legal de que abordará a integralidade dos argumentos objetos da controvérsia jurídica, podendo ser instaurado, de acordo com o CPC/2015, a partir de alguns poucos processos repetitivos, o que potencializa o risco de uma padronização superficial e indesejável da interpretação do Direito.

Desse modo, tal como concebido, o incidente coletivo não proporciona ou exige o esgotamento prévio da temática antes da utilização do seu julgamento como padrão decisório, especialmente pelo fato de que é da competência dos tribunais locais, cortes de apelação e não verdadeiras cortes de precedentes.

A vinculação ao julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas traz

[...] o risco de que o entendimento jurisprudencial venha a ser fixado de forma prematura, ensejando novos dissensos, num curto lapso temporal, tendo em vista o surgimento de novos argumentos não imaginados ou não trazidos à discussão na época do incidente [...]⁵⁶.

Enfim, sem o esgotamento da temática e o amplo dissenso interpretativo, o *status* de precedente vinculante conferido pela lei ao julgamento do IRDR por tribunal de segundo grau se mostra precipitado e absolutamente inadequado, sob a ótica das garantias

do modelo constitucional de processo, especialmente por restringir a participação das partes e do julgador de primeiro na construção interpretativa do Direito.

O sistema de precedentes deveria ter sido circunscrito somente aos julgamentos pelos tribunais superiores, os quais possuem competência constitucional para uniformizar a interpretação do Direito e atuar como cortes de precedentes para definir teses jurídicas com caráter prospectivo.

5 A inconstitucionalidade da visão dos tribunais ordinários como “corte de precedente”: a diferença entre a função jurisdicional dos tribunais superiores e dos tribunais locais

Diante da opção do legislador do CPC/2015 em conferir *status* de “precedente vinculante” a determinados julgamentos pelos tribunais locais ou regionais, especialmente ao julgamento do IRDR, importante abordar a distinção dos papéis desempenhados pela instância ordinária e a extraordinária no sistema de Justiça no Brasil.

Conforme distinção terminológica proposta por Daniel Mitidiero⁵⁷, ao passo que as “cortes superiores” têm como objetivo primordial o simples controle da legalidade das decisões proferidas pelos tribunais ordinários, não sendo um órgão voltado à interpretação e construção do Direito, as “cortes supremas” têm como finalidade a formação de precedentes, julgamentos dotados de caráter normativo e prospectivo, com intuito de assegurar a efetividade dos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica.

No atual Estado Constitucional, o processo civil, segundo o referido processualista, assume duas funções que se complementam: uma voltada à tutela do direito subjetivo das partes através de uma decisão justa, garantidora dos direitos fundamentais assegurados pela Lei Maior; outra dirigida à sociedade, que se dará a partir da formação de precedente de relevância, projetando-se para o futuro para garantir a unidade do direito, sua estabilidade e confiabilidade. Essa segunda função deve ser desempenhada por uma corte suprema e não por um tribunal meramente de revisão da legalidade da decisão recorrida.

⁵⁴ NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 189, set. 2011, p. 38.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p.130.

⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 11.

Nessa perspectiva, o ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de decisões justas, voltadas à revisão dos julgados, e que outras cuidem da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão funcional entre os tribunais incumbidos de tomar decisões justas para solução dos casos concretos, atendendo aos interesses subjetivos das partes em litígio, e outros de editar precedentes ou, em fórmula mais sintética, entre cortes de justiça e cortes de precedentes.⁵⁸

Michele Taruffo também aborda o papel das Cortes Supremas, na atualidade, destacando genericamente que a função a ser desempenhada é dotada de dois aspectos: um voltado para a “tutela” da legalidade e outro para a “promoção” da legalidade (considerada a correta aplicação do Direito).

A tutela da legalidade é entendida, segundo o autor italiano, como uma função reativa, realizada quando uma violação da lei já ocorreu e a intervenção do tribunal tem o objetivo de eliminá-la e, quando possível, neutralizar ou eliminar seus efeitos. A promoção da legalidade se relaciona, por sua vez, com o caráter prospectivo da atuação da corte (atuação ativa, ou proativa), dirigida tanto no sentido de prevenir violações da lei, como no sentido de favorecer a evolução e transformação do Direito.⁵⁹ Os aspectos reativo e prospectivo da função exercida podem coexistir e se desenvolver com intensidades diferentes a depender dos casos julgados e das cortes analisadas.

Dando como exemplo os principais modelos de *civil law* de cortes de cassação ou revisão na França, Itália e na Espanha, Taruffo destaca que a função reativa assume particular relevância, tendo em vista o mero papel de controle da legitimidade da decisão proferida no caso concreto para verificar se a lei, material e processual, foi aplicada corretamente nos julgamentos

de mérito.⁶⁰ Uma função de natureza “privada”, pois voltada preponderantemente à tutela dos interesses das partes.

Diferentemente da função reativa, a atuação proativa ou prospectiva na construção e interpretação do Direito constitui a principal função das modernas cortes supremas, que assumem posição como vértice da organização hierárquica jurisdicional. Com os seus julgamentos, na realidade, a corte suprema se torna ativa protagonista do complexo processo de construção e interpretação do direito, orientando as decisões futuras sobre os problemas de relevância jurídica que transcendem os meros interesses individuais das partes.

Nas palavras de Taruffo,

[...] uma função desse gênero se manifesta com particular evidência quando o acesso às cortes supremas é subordinado a uma seleção e a atividade dessas cortes é orientada principalmente à produção e ao controle dos precedentes jurisprudenciais [...]⁶¹.
(tradução livre)

É o caso quando a corte funciona como órgão de vértice da jurisdição ordinária e também quando decide questões de natureza constitucional. Por isso as cortes constitucionais também podem assumir importante papel na evolução e interpretação do Direito.

Nessa perspectiva, a decisão de uma corte de vértice de determinado sistema de Justiça — quando desempenha o papel de verdadeira corte suprema — passa a orientar a sociedade e a guiar as decisões dos juízes e dos tribunais de apelação. Em razão de desenvolver o Direito ao lado do legislativo, tal decisão deve ganhar a autoridade que lhe permita irradiar os seus efeitos perante o ordenamento jurídico. É nesse ponto que as decisões das cortes supremas

⁵⁸ MITIDIERO, Daniel, op. cit., pp. 29-30.

⁵⁹ La “tutela” della legalità allude alla funzione reattiva che molte corti svolgono, e che si esplica quando una violazione del diritto si è già verificata e l'intervento della corte è finalizzato ad eliminarla e — quando è possibile — a neutralizzarne o eliminarne gli effetti. La “promozione” della legalità allude alla funzione che (con un anglicismo forse tollerabile) si potrebbe definire come proattiva: essa si esplica quando le decisioni delle corti supreme sono finalizzate (anche o soprattutto, o soltanto) ad ottenere effetti futuri, sia nel senso di prevenire violazioni della legalità, sia nel senso di favorire l'evoluzione e la trasformazione del diritto. TARUFFO, Michele. *Le Funzioni delle Corti supreme: cenni generali*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 8, n. 46, jan./fev. 2012, p. 96.

⁶⁰ *Controllo di legittimità della decisione nel singolo caso significa — come è chiaro ad esempio proprio nel caso della Cassazione italiana, della Cour de Cassation francese e del Tribunal Supremo spagnolo — che la funzione della corte consiste essenzialmente nel verificare se la legge, sostanziale e processuale, è stata correttamente applicata dai giudici di merito. Assume particolare rilievo la dimensione reattiva di questa funzione [...] TARUFFO, Michele. Precedentes e Jurisprudência. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 199, 2011, p. 98.*

⁶¹ *Una funzione di questo genere si manifesta invero con particolare evidenza quando l'accesso alle corti supreme è subordinato ad una selezione, e l'attività di queste corti è orientata principalmente alla produzione e al governo dei precedenti giurisprudenziali. In TARUFFO, Michele ibidem, p. 101.*

se sobressaem em relação às cortes de apelação, assumindo a qualidade de precedentes.⁶²

No Brasil, a Constituição da República de 1988 definiu, de forma analítica, a organização do Poder Judiciário nos arts. 92 a 126, estabelecendo precisamente a competência dos tribunais superiores (instância extraordinária), dando-lhes papel de relevância na interpretação e uniformização do Direito, como verdadeiras “cortes supremas” e não meras cortes superiores de revisão da legalidade das decisões recorridas (como se fossem uma terceira instância).

Nesse contexto, o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça adquire proeminência em relação à instância ordinária e com ela não pode se confundir. Trata-se de tribunais superiores que não pertencem a nenhum ramo específico da Justiça, possuem jurisdição em todo território nacional e também são considerados órgãos jurisdicionais de convergência e de superposição.

Embora não pertençam a qualquer Justiça, as suas decisões se sobrepõem às decisões proferidas pelos órgãos inferiores das instâncias ordinárias. As decisões do Superior Tribunal de Justiça se sobrepõem àquelas da Justiça Federal comum, da Estadual e do Distrito Federal, ao passo que as decisões do Supremo Tribunal Federal se sobrepõem a todas as Justças e Tribunais do Poder Judiciário do Brasil.

Sob de tal perspectiva, passou-se a atribuir às referidas cortes extraordinárias não apenas o objetivo de uniformizar a jurisprudência, mas, na essência, o papel de outorga de unidade, coerência e segurança ao ordenamento jurídico pátrio.

Afora os casos excepcionais de competência originária e recursal ordinária expressa e exclusivamente previstos na Constituição, o Supremo Tribunal Federal desempenha a função fundamental de guardião da Lei Maior, segundo *caput* do art. 102.

Apesar de não ser uma corte constitucional nos moldes, por exemplo, do sistema adotado na Alemanha, no qual o Tribunal Constitucional foi criado especificamente para o controle da constitucionalidade⁶³, o Supremo Tribunal Federal

possui relevante papel na efetividade da jurisdição constitucional, seja no controle difuso, através do recurso extraordinário, seja no controle concentrado, mediante o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão, da ação declaratória de constitucionalidade e de descumprimento de preceito fundamental.

Como órgão jurisdicional de cúpula do controle difuso de constitucionalidade, compete também ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Constituição, julgar o recurso extraordinário, como instrumento para a fiscalização do exercício da jurisdição constitucional pelos demais órgãos do Poder Judiciário, aclarando o conteúdo e o alcance das normas constitucionais e extirpando do sistema os atos normativos contrários à Constituição de 1988.⁶⁴

Destaca-se, nesse ponto, que a Emenda Constitucional 45, de 2004, introduziu a “repercussão geral” como pressuposto específico de admissibilidade (filtro) do recurso extraordinário. O recorrente deverá demonstrar a relevância da matéria sob a ótica econômica, política, social ou jurídica, que transcende o mero interesse subjetivo das partes litigantes, o que confere caráter mais objetivo e abstrato também ao controle difuso de constitucionalidade, possibilitando que os efeitos do julgamento de alguns poucos recursos se irradiem para outros casos concretos.

Com efeito, a modificação constitucional demonstra a tendência normativa de valorização dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, dando-lhe

função de velar pela constitucionalidade das leis e subsequente respeito do texto constitucional. A fisionomia técnico-jurídica do sistema europeu-continental caracteriza-se pelo fato de que, nos casos de inconstitucionalidades suscitada pelos órgãos judiciários, a decisão do tribunal constitucional é remetida ao órgão do judiciário que suscitou a questão de inconstitucionalidade para ser aplicada ao caso concreto. Cabe assinalar, porém, que o procedimento ante o tribunal constitucional não se esgota com a questão incidental suscitada pelos órgãos judiciários. Há também a impugnação direta da norma supostamente inconstitucional, a ser exercitada por certos sujeitos especialmente legitimados a tal fim. Finalmente, outro traço saliente do sistema europeu-continental está no fato de que a declaração de inconstitucionalidade do tribunal constitucional produz sempre efeito *erga omnes*, seja na suscitação incidental, seja na ação direta, já que, segundo a concepção kelseniana, o tribunal constitucional é um legislador negativo. ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 87-88.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. São Paulo: RT, 2014, p. 65.

⁶³ O modelo da Europa continental, seguindo a tradição de Kelsen, caracteriza-se por concentrar em um só órgão especial, o chamado tribunal constitucional, colocado fora e acima do Judiciário, a

⁶⁴ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e especial repetitivos*. 2016, 296f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação em Direito. Belo Horizonte, 2016, p. 148.

status de verdadeira “corte suprema” e não de tribunal de “terceira instância” voltado apenas à revisão e controle dos atos proferidos pelas instâncias ordinárias. É por isso que tais decisões devem carregar consigo alto poder de convicção, justamente porque são, em escala máxima, os precedentes a serem observados pelos demais tribunais.⁶⁵

A definição do STF como corte suprema, vale dizer, como corte de precedentes, tem, portanto, amparo na Carta de 1988⁶⁶, o que se mostra essencial para se dar racionalidade e coerência interna ao Sistema de Justiça, especialmente quando se admite o controle difuso de constitucionalidade.

Nas palavras de Marinoni,

[...] não há racionalidade em dar a todo e qualquer juiz o poder de afirmar o significado de um direito fundamental e, não obstante isso, deixá-lo desobrigado perante a palavra final da corte suprema [...].⁶⁷

De igual modo, foi conferida ao Superior Tribunal de Justiça, como instância extraordinária (corte de vértice), a incumbência de zelar primordialmente pela unidade do direito federal infraconstitucional mais do que simplesmente solucionar o conflito intersubjetivo das partes submetido à apreciação do Poder Judiciário. Conforme lição de Marinoni:

A autoridade dos precedentes também guarda relação com o fato de uma Suprema Corte ter posição diferenciada no sistema jurídico, destinada à revelação do sentido do direito. No sistema brasileiro o Superior Tribunal de Justiça é uma Corte de Vértice, nada existindo acima dela no que diz respeito ao direito federal. Assim, a sua posição no

sistema lhe confere a última palavra no que pertine à atribuição judicial de sentido ao direito federal.⁶⁸

Incumbe ao STJ uniformizar o direito infraconstitucional, mediante a definição da correta interpretação da legislação federal vigente, a fim de evitar que cada Tribunal Regional Federal ou de Justiça, ao interpretá-la, faça-o de forma distinta de outros, decidindo casos substancialmente idênticos de forma diferente, violando a segurança jurídica e o princípio da igualdade.⁶⁹

Alexandre de Moraes⁷⁰ traça um importante paralelo ao afirmar que, se o Supremo Tribunal Federal é entendido como guardião da Constituição, também se pode afirmar, em igual proporção, que o Superior Tribunal de Justiça deve funcionar como guardião do ordenamento infraconstitucional federal.

Assim, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça — compreendidos, nesse novo contexto interpretativo, como “cortes supremas” e não meros tribunais superiores de revisão — assumem papel relevante não apenas para dizer a exata aplicação da norma constitucional e legal, respectivamente, mas, principalmente, para construir, de forma prospectiva, o sentido da norma jurídica cuja interpretação lhes cabe fixar, com o propósito de prevenir violações da Constituição ou da lei federal.

Ou seja, os recursos para as cortes supremas e os seus julgamentos não são voltados à mera correção da injustiça no caso concreto. A tutela dos interesses das partes é secundária e constitui apenas efeito reflexo do provimento jurisdicional. Os julgamentos dos tribunais de cúpula

[...] transcendem o ambiente das partes, e com isto, projetam-se o prestígio e a autoridade da decisão nos segmentos, menor da atividade jurídica, de todos quantos lidam com o direito, e, mesmo em espectro maior, para a sociedade toda [...].⁷¹

⁶⁵ ARRUDA, Alvim. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 84.

⁶⁶ O Supremo Tribunal, sob pena de se comprometerem as elevadas funções que a Constituição lhe conferiu, não pode ter seus julgados desobedecidos (por meios diretos ou oblíquos), ou vulnerada sua competência. Trata-se [...] de medida de Direito Processual Constitucional, porquanto tem como causa *finalis* assegurar os poderes e prerrogativas que ao Supremo Tribunal foram dados pela Constituição da República. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação 1723-CE, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 06/04/2001)

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014, p. 55.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 159.

⁶⁹ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de, op. cit., p. 150.

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 512.

⁷¹ ALVIM, Arruda. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. In: *STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 38.

A finalidade primordial dos recursos extraordinários (especial e extraordinário) é a de propiciar ao STJ e ao STF o zelo pela validade, autoridade, uniformidade do direito nacional no âmbito de suas respectivas competências, incumbência essa que não pode ser atribuída, por lei infraconstitucional, às instâncias ordinárias, sob pena de se deturpar todo o sistema da autoridade das decisões judiciais.

Nessa perspectiva, defende-se que somente ao órgão do Judiciário que desempenha a função constitucional de uma verdadeira “corte suprema” é que se deve outorgar a função de definir teses jurídicas, com eficácia *erga omnes* e vinculante, para uniformização do direito, assegurando a coerência, previsibilidade e segurança jurídica ao sistema.

A previsão do art. 927 do CPC/2015 que confere, por lei ordinária, o *status* de precedente aos julgamentos do recurso extraordinário e especial repetitivos, além dos julgamentos do controle de constitucionalidade concentrado, tem, sob a perspectiva do conceito de “corte suprema”, respaldo na interpretação da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Essa interpretação, contudo, não pode ser admitida em relação às instâncias ordinárias dotadas de cortes de apelação, cujo papel jurisdicional não se volta à definição de teses jurídicas, mas ao controle de legalidade e revisão das decisões recorridas.⁷²

A justiça ordinária não exerce a função constitucional de “corte suprema”. É organizada em duas instâncias ou graus: a Justiça de primeiro grau, formada pelos juízes estaduais, lotados por entrâncias (art. 93, II, da Constituição) na Justiça Estadual, ou divididos em categoria de juiz federal substituto e

juiz federal, na Justiça Federal; e a Justiça de segundo grau, representada pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais, nomenclaturas da Justiça Estadual e Federal, respectivamente.

Na esfera estadual, existem 27 (vinte e sete) Tribunais de Justiça (um por unidade federativa) e, na esfera federal, 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais⁷³. A enorme quantidade de tribunais locais já é suficiente para demonstrar que tais cortes não detém o papel constitucional de uniformização do direito.

Ao contrário do previsto para as cortes supremas, cabem aos órgãos jurisdicionais ordinários — juízes de primeira instância e aos tribunais locais ou regionais — cuidarem da solução das controvérsias, realizando a devida apuração dos fatos e a aplicação do Direito aos casos concretos para tutelar o direito das partes. Em outras palavras, nas instâncias ordinárias exercita-se a jurisdição com o objetivo de obter uma decisão justa para o caso concreto voltado à satisfação dos interesses das partes.

Nessa toada, a divergência jurisprudencial não pode ser vista como um mal para o sistema. Ela se justifica principalmente pela extensão territorial do Brasil, na qual convivem as mais variadas culturas dentro de díspares sistemas econômicos, e pelos pródigos legisladores que, neste País de dimensões continentais, editam muitas leis que nem sempre guardam concorrência entre si, fazendo com que os vários centros de dicção do Direito tendam mesmo à divergência interpretativa.

Com efeito, as divergências jurisprudenciais enriquecem o debate, de maneira que as cortes supremas poderão desempenhar seu papel com maior segurança, valendo-se da maior quantidade e qualidade dos fundamentos jurídicos apresentados em prol ou contra determinada interpretação do direito.

⁷² O jurista Hermes Zaneti Jr. manifesta posição contrária. Segundo Zaneti Jr., de fato, “não se pode falar de ordenamento jurídico e de precedentes normativos formalmente vinculantes sem identificar nas cortes supremas as principais personagens da construção deste modelo. Como vimos acima um modelo de precedentes é um modelo de e para as Cortes Supremas. Contudo, não se pode esquecer da premissa fixada pela teoria do direito segundo a qual o direito regula inclusive as suas fontes, a sua criação. Como o direito é artificialmente construído nos parece impossível limitar os precedentes apenas às Cortes Supremas, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, formalizado pelo art. 927 e incisos. Neste caso serão precedentes mesmo as decisões que não forem de Cortes Supremas, desde que, por evidente, limitem-se à sua esfera de influência formal e, portanto, respeitem as decisões das instâncias formalmente superiores”. (*O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 372)

⁷³ A Emenda Constitucional 73/2013, promulgada em junho de 2013, determinou a criação de mais quatro tribunais regionais federais (TRFs), com sedes em Curitiba, Belo Horizonte, Salvador e Manaus. Logo depois de ser promulgada, todavia, a emenda foi alvo de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5.017) ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores Federais (Anpaf) e o então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Joaquim Barbosa, concedeu uma liminar para suspender seus efeitos. Atualmente a ação, relatada pelo ministro Luiz Fux, aguarda decisão de mérito do Plenário do STF. O procurador geral da República apresentou parecer pela improcedência da ADI, defendendo a constitucionalidade da emenda constitucional.

Estender, nesse contexto, o papel das cortes supremas às instâncias ordinárias, que não se encontram no vértice da estrutura jurisdicional, causará precipitação e o engessamento do debate processual em prol unicamente da celeridade processual.

Como é cediço, as discussões jurídicas chegam aos tribunais superiores pelo sistema recursal após longo debate travado nas instâncias ordinárias em suas diferentes localidades. Conferir também à corte de revisão o papel de definir precedente limitará o debate que muitas vezes se resumirá àquele travado internamente no âmbito do próprio tribunal local, prescindido da efetiva participação dos juízes de primeiro grau e das partes, cujos processos ficaram sobrestados.

É importante deixar claro que não se está negando aos juízes e tribunais de segundo grau a função jurisdicional de interpretação do Direito. Pelo contrário, todos os órgãos do Poder Judiciário devem desempenhar tal papel.

A questão é que, no caso das instâncias ordinárias, a interpretação do Direito deve se circunscrever à solução dos casos concretos apresentados, a partir das provas dos fatos e, principalmente, do debate processual desenvolvido em contraditório dinâmico entre as partes. Não cabe às instâncias ordinárias estabelecer teses jurídicas de caráter normativo e eficácia prospectiva, como fonte do direito, pois não possuem o papel constitucional de “corte de precedentes”.

Conforme lição de Marinoni, “os juízes e tribunais de apelação tem a função de resolver os casos conflitivos e, a partir daí, podem colaborar na construção do sentido do direito”⁷⁴. Essa colaboração é, porém, limitada pela última palavra dada pelas cortes supremas — o STF e o STJ. Após a definição dada pela corte de vértice, os tribunais de apelação não mais podem negar a aplicação do sentido definido pelo precedente, embora possam continuar colaborando mediante a apresentação de opiniões dissidentes e razões que demonstrem a necessidade de revisão do posicionamento adotado pela instância superior.

Com efeito, se as instâncias ordinárias pudessem assumir o mesmo papel de “cortes supremas” para

definição de teses jurídicas dotadas de eficácia vinculante e *erga omnes* haveria uma total sobreposição dos papéis jurisdicionais, tornando sem sentido a delimitação das competências traçada pela Lei Maior para as cortes superiores.

Assim, sob a ótica da competência constitucional conferida aos tribunais locais, não pode ser conferido ao julgamento do IRDR o *status* de precedente obrigatório, pois não emanado propriamente de uma “corte suprema”, vale dizer, de uma “corte de precedente”, mas apenas de um tribunal local de revisão, de modo que os efeitos do julgamento devem se restringir apenas ao âmbito do próprio tribunal, não assumindo caráter normativo (de tese jurídica) para os demais órgãos jurisdicionais e aos casos futuros.

Poderia se admitir, de *lege ferenda*, o exercício excepcional da função típica da corte suprema pelos tribunais de segundo grau apenas em relação às questões de direito local, quando estiverem fora das hipóteses do controle recursal pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça. Somente em tais hipóteses, o tribunal local ou regional poderia desempenhar o papel da corte suprema para definição da interpretação jurídica em caráter prospectivo, assegurando a uniformização do entendimento e prevenindo a violação ao direito local.

6 Conclusão

Sem a pretensão de esgotar o tema, intentou-se apresentar uma singela crítica ao sistema de precedentes adotado pelo CPC/2015, especialmente quanto à impropriedade da definição do julgamento do IRDR como um precedente vinculante.

No sistema brasileiro, alguns julgamentos serão considerados, por força de lei, “precedentes judiciais obrigatórios” ainda que não proferidos pelos tribunais superiores. Atribuiu-se a presunção absoluta de que todas as decisões proferidas nas hipóteses elencadas no art. 927 do CPC/2015 terão relevância e ampla fundamentação para definição de teses jurídicas dotadas de verdadeiro caráter normativo, as quais repercutirão, de forma vinculante, nos casos subsequentes.

Em outras palavras, esses julgamentos-paradigma formam o que se pode chamar de “padronização decisória preventiva”, consistindo em uma teoria às avessas do precedente judicial. Servirão, na verdade, como um perigoso instrumento centralizador, de

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 160.

natureza presumidamente fechada e estática, que engessar a interpretação do Direito por outros órgãos jurisdicionais.

Por isso se mostra absolutamente inadequada a equiparação dos tribunais da instância ordinária a cortes de precedentes. Conforme se alertou ao longo do artigo, não se pode falar de um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes sem identificar nas cortes supremas como suas personagens centrais.

A atuação proativa ou prospectiva na construção e interpretação do direito constitui a principal função das modernas cortes supremas, que assumem posição como vértice da organização hierárquica jurisdicional. Com os seus julgamentos, na realidade, a corte suprema se torna ativa protagonista do complexo processo de construção e interpretação do direito, orientando as decisões futuras sobre os problemas de relevância jurídica que transcendem os meros interesses individuais das partes. Ou seja, somente ao órgão do Judiciário que desempenha a função constitucional de uma verdadeira “corte suprema” é que se deve outorgar a função de definir teses jurídicas, com eficácia *erga omnes* e vinculante, para uniformização do direito, assegurando a coerência, previsibilidade e segurança jurídica ao sistema.

No Brasil, defende-se que somente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenham o papel constitucional de “cortes supremas”, permitindo que suas decisões assumam a qualidade de precedentes.

Os tribunais locais e regionais, por sua vez, integram apenas a instância ordinária, cujo papel é apenas de corte de revisão das decisões proferidas pela primeira instância. Ao contrário do previsto para as cortes supremas, cabem aos órgãos jurisdicionais ordinários — juízes de primeira instância e aos tribunais locais ou regionais — cuidarem da solução das controvérsias, realizando a devida apuração dos fatos e a aplicação do direito aos casos concretos para tutelar o direito das partes. Em outras palavras, nas instâncias ordinárias exercita-se a jurisdição com o objetivo de obter uma decisão justa para o caso concreto voltado à satisfação dos interesses das partes. Não agem com caráter prospectivo e para construção de teses jurídicas. Mesmo porque também não deteriam a última palavra sobre a questão, que ficará sujeita aos meios impugnativos endereçados às cortes supremas.

Estender, nesse contexto, o papel das cortes supremas às instâncias ordinárias, que não se

encontram no vértice da estrutura jurisdicional, causará precipitação e o engessamento do debate processual em prol unicamente da celeridade processual.

Com efeito, eventuais divergências jurisprudenciais no âmbito das instâncias ordinárias não podem ser vistas como um mal para o sistema de Justiça, pois elas enriquecem o debate, de maneira que as cortes supremas poderão desempenhar seu papel com maior segurança, no tempo próprio e pelos meios processuais constitucionalmente previstos, valendo-se da maior quantidade e, principalmente, qualidade dos fundamentos jurídicos apresentados em prol ou contra determinada interpretação do direito.

Portanto, sob a ótica da competência constitucional conferida aos tribunais locais, defende-se que não pode ser conferido ao julgamento do IRDR o *status* de precedente obrigatório, pois não emanado propriamente de uma “corte suprema”, vale dizer, de uma “corte de precedente”, mas apenas de uma instância ordinária de revisão, de modo que os efeitos do julgamento devem se restringir apenas ao âmbito do próprio tribunal, não assumindo caráter normativo para os demais órgãos jurisdicionais e aos casos futuros.

Em uma sociedade globalizada na qual as relações jurídicas se multiplicam, é natural que ocorram as demandas repetitivas.

A preocupação do legislador, das instituições e dos operadores do Direito deve-se voltar para o combate às causas da litigiosidade, incentivando-se outros meios de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, além do diálogo institucional constante e democrático para se prevenir as condutas recalcitrantes, principalmente dos entes públicos, de modo a adequar suas práticas administrativas aos posicionamentos jurisprudenciais, o que, de fato, poderia reduzir a litigiosidade.

O que não pode se admitir é a criação de um modelo processual próprio para se alcançar, acima de tudo, a solução rápida das referidas demandas pelo Poder Judiciário, reduzindo e transformando as garantias fundamentais do processo constitucional em uma mera ficção jurídica que servirá, em última análise, apenas à mecanização da aplicação e interpretação do Direito.

7 Referências

ALVIM, Arruda. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial

e a relevância das questões. In: *STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, pp. 37-47.

ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e especial repetitivos*. 2016, 296f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação em Direito. Belo Horizonte, 2016.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. (coords.) *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do NCPD, v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 183-213.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito contemporâneo. Lisboa: Meridiano, 1978.

DIDIER JR., Freddie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. Salvador: Juspodivm, 2013.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas no Código de Processo Civil de 2015. *RIL Brasília* a. 52 n. 208 out./dez. 2015, p. 189-202.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Apresentação. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: RT, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: RT, 2009.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. Stare decisis vs direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre et al. (orgs.) *Novas tendências do processo civil*. V. I. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 485-514.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2013.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 199, set. 2011.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº. 13.105/2015. Referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre common law, civil law e o precedente judicial*. Estudo em homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão. 2007. Disponível em: <www.abdpc.org.br>.

RE, Edward D. *Stare Decisis*. Trad. Elle Gracie Northfleet. *Revista Forense*, v. 327, 1990.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. Ano 37, v. 208, jun. 2012, pp. 203-240.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 38, n. 220, jun. 2013, pp. 349-382.

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

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARUFFO, Michele. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 199, 2011, pp. 139-155.

TARUFFO, Michele. *Le Funzioni delle Corti supreme: cenni generali*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 8, n. 46, jan./fev. 2012, pp. 93-115.

TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim de. REZENDE; Ester Camila Gomes Norato (coord.). *Primeiras linhas sobre o novo Direito Processual Civil brasileiro* (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco Bahia; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*. Fundamentos e sistematização. Lei 13.105, de 16/03/2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, Jógé Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de (coords). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 445-458.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

ZANETI, Hermes Jr. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: JusPodivm, 2016.