



Universidade de Brasília – UnB
Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD
Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas

RENATA CASCAO

**A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO RECURSO
ESPECIAL REPETITIVO À LUZ DA TEORIA DE NEIL
MACCORMICK**

Brasília, 2021

RENATA CASCÃO

**A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO RECURSO
ESPECIAL REPETITIVO À LUZ DA TEORIA DE NEIL
MACCORMICK**

Dissertação apresentada como requisito
para a obtenção do grau de mestre em
Direito da Universidade de Brasília -
UnB.

Linha de Pesquisa: Direito e Políticas
Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano
Hartmann Peixoto

Brasília, 26 de novembro de 2021

RENATA CASCÃO

**A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO RECURSO
ESPECIAL REPETITIVO À LUZ DA TEORIA DE NEIL
MACCORMICK**

Dissertação apresentada como requisito
para a obtenção do grau de mestre em
Direito da Universidade de Brasília -
UnB.

Brasília-DF, 26 de novembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto
Orientador

Prof. Dra. Debora Bonat
Examinadora interna

Prof. Dr. Sidnei Beneti
Examinador externo

Ao meu pai, Luiz Antonio, que sempre me provou que estudar é o único caminho, e ao meu filho, Gabriel, a quem procuro mostrar o mesmo.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de uma jornada realizada em um momento que certamente marcará a história mundial pelos desafios dos mais diversos tipos que impôs. Para minha caminhada pessoal, não foi diferente. A conclusão dessa dissertação somente foi possível em virtude do apoio de algumas pessoas, às quais devo os meus mais sinceros agradecimentos.

Inicialmente gostaria de agradecer a todos os Ministros e Ministras e servidores e servidoras do Superior Tribunal de Justiça – minha segunda casa há 27 anos – envolvidos no projeto que resultou na parceria firmada com a Universidade de Brasília para criar o primeiro curso de Mestrado Profissional da Faculdade de Direito da UnB.

Em especial agradeço aos Ministros João Otávio de Noronha, que, em sua gestão como Presidente do STJ, procurou valorizar os servidores e servidoras do Tribunal com a criação deste curso, e ao Ministro Humberto Martins, atual Presidente da Casa, que deu continuidade a esse valioso projeto.

Agradeço também à Ministra Nancy Andrighi e aos Ministros Sidnei Beneti e Antonio Carlos Ferreira, pelas inestimáveis lições.

Ao Professor Fabiano Hartmann, pela paciência, disponibilidade e incansável orientação.

Aos demais professores do curso de Mestrado Profissional, pelo ensino de excelência, com um destaque especial à Professora Débora Bonat, que tanto me inspirou em suas aulas sobre precedentes, e aos colegas de trajetória, pelos preciosos debates.

Às minhas queridas amigas Fernanda, Maria Antonieta, Mariana, Rita de Cássia e Waleska e ao meu amigo Carlos Lavareda, que não me deixaram desistir.

À minha família, em especial aos meus pais, Pompeia e Luiz Antonio, aos meus irmãos, Cesar, Patrícia e Angela, aos meus enteados, Tábata e Raphael, e à minha madrinha, Ione, pelo apoio incondicional.

Por fim, registro meu especial agradecimento ao meu companheiro de vida, Teco, e ao meu filho, Gabriel, que estiveram ao meu lado todos os dias dessa jornada. Palavras são insuficientes para expressar o quanto sou grata pela paciência, compreensão, carinho e tudo mais que me proporcionam.

“Ninguém ignora tudo. Ninguém sabe tudo. Todos nós sabemos alguma coisa. Todos nós ignoramos alguma coisa. Por isso aprendemos sempre” (Paulo Freire).

RESUMO

O presente trabalho examina em que medida os julgamentos resultantes das novas técnicas implementadas pelo Direito Processual Civil brasileiro, inspiradas no sistema de precedentes da *common law*, podem ser considerados efetivos precedentes judiciais, tais como compreendidos na tradição jurídica em que tiveram origem, a partir da análise específica de um dos padrões decisórios vinculantes estabelecidos: o recurso especial repetitivo. A pesquisa consiste na revisão bibliográfica da doutrina nacional e estrangeira sobre o tema, elegendo-se, como referencial teórico, os ensinamentos de Neil MacCormick. São abordados aspectos relacionados à origem das duas principais tradições jurídicas ocidentais, à aproximação desses sistemas jurídicos e à evolução do direito processual brasileiro, de tradição romano-germânica, com a implementação de normas inspiradas no direito anglo-saxão. Adotando-se metodologia dedutiva de pesquisa, realiza-se uma análise pormenorizada de cada uma das etapas da formação do padrão decisório escolhido, sob a perspectiva da teoria dos precedentes de MacCormick, buscando identificar no instituto brasileiro os elementos estruturantes da doutrina que o inspirou. Sustenta-se, assim, que, embora o Brasil não tenha um sistema de precedentes propriamente dito, as conclusões alcançadas no julgamento de um recurso especial repetitivo podem assumir a feição de verdadeiro precedente judicial, caso esse julgamento seja antecedido de amplo debate, qualificado pela pluralidade de argumentos democraticamente apresentados, e forneça regra jurídica universalizável que possa ser utilizada como critério para a tomada de decisão em casos posteriores, a partir da analogia de fatos fundamentais.

Palavras-chave: Direito processual civil. Padrões decisórios vinculantes. Recurso Especial repetitivo. Precedentes judiciais. *Common law*. Formação dos precedentes.

ABSTRACT

This academic work analyzes the 'repetitive special appeal', one of the binding decision patterns inspired by the common law precedents system established by Brazilian civil procedural law, in order to examine to what extent judgments resulting from this new technique can be properly considered as judicial precedents, as inferred in the legal tradition in which precedents originated. The research consists of a bibliographical review of Brazilian and foreign law literature on the subject, regarding Neil MacCormick's doctrine as the main theoretical background. It addresses to aspects related to the origins of the two main western legal traditions, the approximation of these legal systems and the evolution of Brazilian procedural system, traditionally linked to civil law, in view of the of newly introduced common law inspired rules. The deductive research method is used to analyze each step in the formation of the chosen binding decision pattern in order to identify the structuring elements of a common law precedent in the Brazilian institute, from the perspective of MacCormick's theory. It is argued, thus, that although Brazil does not have a system of precedents *per se*, the rule on the issue of interpretation of a 'repetitive special appeal' may pose as a true binding precedent, as long as the specific trial is preceded by a qualified debate where diverse arguments are democratically presented, and it provides a universalizable legal rule that can be considered as a pattern in subsequent cases, based on the analogy of material facts.

Keywords: Brazilian Civil Procedural Law. Binding decision patterns. Repetitive Special Appeal. Precedents. Common law. Precedents formation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ag – Agravo de Instrumento.

AgIng – Agravo Interno.

AREsp – Agravo em Recurso Especial.

CDC – Código de Defesa do Consumidor.

CF/1988 – Constituição Federal de 1988.

CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973.

CPC – Código de Processo Civil de 2015.

DJe – Diário da Justiça Eletrônico.

IAC – Incidente de assunção de competência.

IRDR – Incidente de resolução de demandas repetitivas.

MP – Medida Provisória.

PL – Projeto de Lei.

ProAfR – Proposta de Afetação no Recurso Especial.

REsp – Recurso Especial.

RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

STF – Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – O SISTEMA DE PRECEDENTES.....	14
1.1 Considerações introdutórias.....	14
1.2 O constitucionalismo e a aproximação dos sistemas da <i>common law</i> e da <i>civil law</i>	19
1.3 Precedentes judiciais	22
1.4 A teoria de Neil MacCormick.....	27
CAPÍTULO 2 – OS “PRECEDENTES JUDICIAIS” NO DIREITO BRASILEIRO	38
2.1 A constitucionalização do Direito brasileiro e a introdução dos “precedentes”	38
2.2 Os “precedentes” nas normas infraconstitucionais.....	43
2.3 Elementos estruturantes dos precedentes judiciais: <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dicta</i>	53
2.4 Exceções à regra de vinculação dos precedentes: <i>distinguishing</i> e <i>overruling</i> ..	58
2.5 Precedentes judiciais, jurisprudência e julgados vinculantes	68
CAPÍTULO 3 - A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES NOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS.....	78
3.1 O recurso especial repetitivo	78
3.2 O procedimento de afetação e a instrução do recurso especial repetitivo no Superior Tribunal de Justiça.....	91
3.3 O julgamento do recurso especial representativo da controvérsia	101
3.4 A aplicação do entendimento firmado nos processos sucessivos.....	111
CONCLUSÃO.....	119
REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

A busca por soluções para o crescente acúmulo de processos nos tribunais e consequente demora na prestação jurisdicional, decorrente da litigância em massa e do número excessivo de recursos, vem motivando, há algum tempo, a promoção de mudanças estruturais no Direito Processual Civil brasileiro, por meio de alterações legislativas realizadas com o propósito de racionalização operacional do Poder Judiciário.

Algumas dessas mudanças foram concebidas a partir da adaptação de conceitos extraídos do sistema de precedentes da *common law* ao Direito brasileiro, na perspectiva de se readequar a forma de entrega da prestação jurisdicional pelos Tribunais, de maneira a melhor atender aos anseios de maior racionalidade, coerência, eficiência e celeridade do sistema, proporcionando maior segurança jurídica e igualdade na aplicação do Direito.

Muito se discute, principalmente a partir do advento do Novo Código de Processo Civil, se essa adaptação de conceitos provenientes da doutrina estrangeira criou no Brasil um sistema de precedentes judiciais.

O objetivo deste trabalho é buscar compreender em que medida os julgamentos resultantes dessas novas técnicas implementadas podem assumir a feição de efetivos precedentes, tais como compreendidos nos sistemas jurídicos nos quais tiveram origem, a partir da análise específica de um dos padrões decisórios vinculantes inseridos no processo civil brasileiro, o recurso especial repetitivo.

Para cumprir a tarefa proposta, pretende-se realizar uma análise pormenorizada da formação desses padrões decisórios, iniciando pelo estudo do sistema de precedentes judiciais idealizado nos países de tradição da *common law*, passando por uma reflexão sobre a evolução das normas processuais brasileiras, com foco nos instrumentos criados com a finalidade de valorização da jurisprudência dos Tribunais Superiores e inspirados na doutrina anglo-saxã, para, ao final, realizar uma investigação sobre a formação do padrão decisório escolhido, de forma a saber se ele pode dar origem a um precedente judicial propriamente dito.

A metodologia adotada para a pesquisa será a dedutiva, a partir do estudo da doutrina dos precedentes, elegendo-se como referencial teórico os ensinamentos do jusfilósofo escocês Neil MacCormick que, na teoria relativamente estrita ou formalista de precedentes que adota, defende a observância de precedentes: primeiro, por “uma

razão de justiça”, segundo, diante da “ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos” e, terceiro, pela “economia de esforço”, pois a análise cuidadosa de um caso evita a necessidade de se “realizar novo esforço argumentativo sobre as mesmas circunstâncias” (MACCORMICK, 2008, p. 191). Propõe-se, assim, a refletir sobre a doutrina desse teórico, fundada no modelo de argumentação jurídica por ele desenvolvido, e a realizar um levantamento bibliográfico de autores nacionais e estrangeiros que tenham prestado relevantes contribuições acadêmicas sobre o tema a ser tratado, buscando apoio ainda no exame de outros documentos pertinentes à investigação.

Com a finalidade de realizar o objetivo aqui proposto, o trabalho será dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo tratará da evolução histórica dos dois principais modelos jurídicos do mundo ocidental – o sistema Romano-Germânico e o sistema da *Common law* –, examinando o surgimento, a evolução e a aproximação dessas duas tradições. Em seguida, será abordado o conceito de precedente judicial, instituto próprio da *common law*, que vem sendo implementado, com adaptações, em países da *civil law*, particularmente no Brasil, buscando um suporte teórico que permita compreender quais são os elementos fundamentais desse instituto em sua acepção original, em especial sob a ótica da teoria dos precedentes professada por Neil MacCormick.

No segundo capítulo será realizado um exame histórico e crítico do “sistema de precedentes” adotado pelo Direito processual brasileiro a partir da revisão da progressiva incorporação de conceitos e instrumentos próprios do direito anglo-saxão nos preceitos constitucionais e nas normas processuais, até a efetiva inserção, no Novo Código de Processo Civil, dos padrões decisórios formalmente vinculantes previstos no seu art. 927. A natureza desses padrões decisórios (se eles podem ou não ser considerados precedentes judiciais) será investigada a partir da tentativa de identificação da presença dos elementos estruturantes e dos institutos fundamentais do sistema de precedentes da *common law* (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*) nessas novas formas de decidir.

O terceiro capítulo buscará identificar e fazer uma análise dos procedimentos utilizados na operacionalização desse novo sistema, por meio do exame das etapas de formação dos padrões decisórios vinculantes, nos recursos especiais repetitivos, no próprio Superior Tribunal de Justiça e nos demais Tribunais e Juízos, de modo a verificar se, em cada uma dessas etapas (afetação e instrução do recurso especial representativo da

controvérsia, julgamento do recurso repetitivo e aplicação do entendimento firmado), estão sendo observados os elementos estudados, o que permitirá compreender se o sistema brasileiro está tomando a direção do estabelecimento de um efetivo sistema de precedentes judiciais.

Após o exame, será explicitado o motivo pelo qual entendemos que embora o Brasil não tenha efetivamente um sistema de precedentes nos moldes da doutrina estudada, é possível extrair um precedente judicial propriamente dito de um julgamento realizado pelo rito dos recursos especiais repetitivos, desde que as conclusões alcançadas nesse julgamento, devidamente antecedido de um amplo debate, qualificado pela pluralidade de argumentos democraticamente apresentados, forneçam uma regra jurídica universalizável que possa ser utilizada como critério para a tomada de decisão em casos posteriores, a partir da analogia de fatos fundamentais.

CAPÍTULO 1 – O SISTEMA DE PRECEDENTES

1.1 Considerações introdutórias

René David, em sua célebre obra, “Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo”, examinou os principais modelos jurídicos existentes no mundo, agrupando-os em famílias, sendo elas a de origem romano-germânica, a da *common law*, as famílias centradas em concepções religiosas e a família dos direitos socialistas (DAVID, 2002).

Atualmente, no mundo ocidental, sobressaem as duas primeiras famílias citadas. O sistema Romano-Germânico¹, predominante nos países da Europa continental e na América Latina, inclusive no Brasil, e o sistema da *Common Law*², prevalecente na Inglaterra e em suas ex-colônias, como nos Estados Unidos, na Austrália e no Canadá.

Os propósitos e os limites deste trabalho não permitem fazer um estudo aprofundado sobre as diferenças entre esses dois principais modelos jurídicos, mas a compreensão do sistema de precedentes que vem surgindo no direito brasileiro passa necessariamente por um breve apanhado sobre a origem e as características dessas duas famílias e como elas vem se aproximando.

René David destaca que a família romano-germânica tem suas origens ligadas ao renascimento, nos Séculos XII e XIII, na Europa Ocidental, que se manifestou em vários planos, tendo como um de seus aspectos mais importantes o jurídico. Esse momento foi marcado pelo renascer das cidades e o crescimento do comércio, que resultaram na

¹ De acordo com René David: “Esta família agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. Determinar quais devem ser estas regras é a tarefa essencial da ciência do direito; absorvida por esta tarefa, a “doutrina” pouco se interessa pela aplicação do direito que é assunto para os práticos do direito e da administração. Uma outra característica dos direitos da família romano-germânica reside no facto destes direitos terem sido elaborados, antes de tudo, por razões históricas, com vista a regular as relações entre os cidadãos; os outros ramos do direito só mais tardiamente e menos perfeitamente foram desenvolvidos, partindo dos princípios do “direito civil”, que continua a ser o centro por excelência da ciência do direito” (DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.23).

² Ainda conforme o autor: “Uma segunda família de direito é a da *common law*, comportando o direito da Inglaterra e os direitos que se modelaram sobre o direito inglês. As características tradicionais da *common law* são muito diferentes das da família de direito romano-germânico. A *common law* foi formada por juizes, que tinham que resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca desta origem. A regra de direito da *common law*, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro” (DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.24).

consciência da necessidade de um novo direito que pudesse assegurar a ordem e a segurança para permitir o progresso (DAVID, 2002, p. 39).

Essa família se caracteriza pelo fato de suas regras de direito serem concebidas como regras de conduta, ligadas a preocupações morais e de justiça; além de elaborarem seus direitos visando a regulação das relações entre os cidadãos (DAVID, 2002, p. 23).

Foi, no entanto, na França, no Século XIX, com a Revolução Francesa e a influência do pensamento iluminista, que ocorreu a consolidação desse modelo jurídico.

A crise da monarquia absolutista, que culminou na queda desse regime e na conseqüente ascensão da burguesia e do parlamentarismo ao poder, deu origem a um novo direito cuja essência estava voltada à necessidade de se controlar a atuação dos juízes, que passaram a ter sua atividade limitada à aplicação literal da lei.

Teresa Arruda Alvim Wambier ressalta que esse período marcou uma forte conexão entre a lei escrita e a igualdade, “pois passou a entender-se que quando a lei impera a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida” (WAMBIER, 2009, p. 56).

Na mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni³, fazendo referência aos ideais da Revolução Francesa, salienta que, segundo Montesquieu, no *civil law* a certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou seja, na própria lei. A adstrição do juiz à lei seria, assim, sinônimo de segurança jurídica e ainda o suficiente para garantir a igualdade entre os cidadãos (MARINONI, 2019, p. 48-49).

O Século XX, por sua vez, marcou a codificação do direito que, na lição de René David, “constitui a realização natural da concepção mantida e de toda obra empreendida desde há séculos nas universidades”. Essa tendência trouxe profundas alterações no estudo do direito com conseqüências positivas e negativas, marcando também a expansão do direito romano-germânico (DAVID, 2002, p. 65).

³ Segundo Marinoni, “Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. (...) A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário” (MARINONI, Luiz Guilherme, Precedentes Obrigatórios, 6ª Edição, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 48).

A codificação tinha por objetivo dar completude ao sistema e, com isso, a garantir segurança jurídica e previsibilidade.

Nesse cenário, a família romano-germânica, ou a *civil law*, se firmou como uma família que tem por principal característica a preocupação com a racionalidade do direito, prevalecendo as leis escritas sobre os costumes judiciais. Extrai-se da lição de René David, que a dispersão do sistema, e a própria técnica de codificação presente nessa família tende a provocar uma confusão entre direito e lei (DAVID, 2002, p. 34).

Por sua vez, a família da *common law*, que aborda o direito da Inglaterra e dos países cujos ordenamentos jurídicos sofreram influência do modelo inglês, abrange os sistemas jurídicos que têm nos juizes o seu ponto de maior importância. Nos países que adotam a *common law* a atenção se volta primordialmente à solução do processo e não à elaboração de regras materiais gerais e abstratas.

Segundo René David, o direito inglês, proveniente dos processos da *common law*, é essencialmente um direito jurisprudencial; suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra. A regra de direito inglês é uma regra apta a dar, de forma imediata, a sua solução a um litígio; não a compreendemos verdadeiramente e não podemos apreciar o seu alcance sem conhecer bem todos os elementos do litígio, a propósito do qual ela foi afirmada (DAVID, 2002, p. 408).

A maneira tradicional pela qual se concebe a *legal rule* na Inglaterra gerou dificuldades quando a lei e os regulamentos se tornaram o instrumento por intermédio do qual se procurou transformar a sociedade. As leis e regulamentos tiveram que se limitar à colocação de princípios diretores e à previsão de modelos de conduta, deixando aos administradores e aos que deveriam exercer um controle, poderes de apreciação (DAVID, 2002, p. 408).

O autor salienta que o direito inglês é um produto da História, se se considerarem especialmente as suas categorias, os seus conceitos e o papel eminente que aí se reconheceu à jurisprudência. Para construir o sistema de direito no qual se analisa a *common law*, foi necessário, para cada questão, procurar a solução mais conforme à razão, e um elemento determinante para descobrir esta solução foi o desejo de assegurar a coesão das decisões de justiça, o que supõe inevitavelmente um certo recurso à lógica (DAVID, 2002, p. 446).

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci, esse sistema, que teve sua formação entre os séculos XI e XV, começou a surgir de forma autóctone, fundado na regra conhecida e na prática cotidiana, sofrendo pouca influência do direito romano. A *common law*, desde o início de sua formação, mostrou natural vocação para ser um sistema de *case law*. Não havia regra jurídica impondo efeito vinculante aos precedentes, mas os juízes costumavam ressaltar a relevância dos julgados e a necessidade de as decisões anteriores serem seguidas para conferir certeza e continuidade ao direito (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 150-154).

Marinoni esclarece que na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na Revolução Francesa, não houve clima para se desconfiar do Poder Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. O Legislativo inglês não se opôs ao Judiciário, chegando, na verdade, a com ele se confundir. Assim, a produção legislativa não se opõe à *common law*. Consoante esclarece o autor, “O juiz inglês não só interpretava a lei, como extraía direitos e deveres a partir do *common law*. Mas – é importante frisar – estava submetido à *common law*; sempre atuava à luz e a partir de um direito” (MARINONI, 2019, p. 48-49).

David chama a atenção para o fato de que, na Inglaterra, como nos países que adotam o direito românico, embora as vias utilizadas para descobrir as regras de direito tenham sido diferentes, existiu sempre uma mesma concepção de base do direito: o direito é, antes de tudo, razão, *lex est aliquid rationis* (DAVID, 2002, p. 446).

Ao discorrer sobre o sistema norte-americano e sua origem no direito inglês, David ressalta que, nos Estados Unidos, embora a independência tenha criado condições favoráveis à autonomia do Direito, sendo que vários acontecimentos propiciaram a sua conversão ao sistema romano-germânico, acabou prevalecendo o sistema da *common law* devido: à língua e ao povoamento originariamente inglês; às obras de certos juristas; e à influência das escolas de direito (DAVID, 2002, p. 454).

O autor esclarece que a *common law* triunfou, mas, o conflito com o sistema romano-germânico contribuiu para dar à *common law* dos Estados Unidos caracteres particulares. Os Estados Unidos conservaram, em geral, os conceitos, as formas de raciocínio e a teoria das fontes do direito inglês, mas com características originais que, às vezes, aproximam-no dos direitos da família romano-germânica. Muitas das regras da *common law* não foram introduzidas nos Estados Unidos, porque não se adaptavam às condições da América; outras não foram admitidas porque a sua origem não era judiciária.

O direito inglês admitido na América foi o que vigorava na Inglaterra na época da dominação inglesa. Nunca se cogitou a aplicação nos Estados Unidos das leis posteriores a 1776 (DAVID, 2002, p.454).

Conforme destaca Cruz e Tucci, “a estrutura constitucional assentada no federalismo e na rígida divisão de poderes acarretou ao ordenamento jurídico dos Estados Unidos profundos contrastes em relação ao direito inglês” (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 165).

René David diferencia os sistemas inglês e norte-americano salientando que existe na Inglaterra, desde o século XIX, uma regra do precedente que impõe aos juízes, em dadas condições, seguirem as regras de direito decorrentes de julgamentos precedentes de outros juízes. Nos Estados Unidos há uma regra semelhante, mas esta regra americana do *stare decisis* não funciona nas mesmas condições e não tem o mesmo rigor que a atual regra inglesa do precedente. A regra do *stare decisis* nos Estados Unidos comporta uma importante limitação: o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados às suas próprias decisões e podem desviar-se da sua jurisprudência. Por outro lado, os Estados são soberanos e a regra do *stare decisis* apenas funciona, relativamente às matérias do domínio de competência dos Estados, no seio da hierarquia das jurisdições deste Estado (DAVID, 2002, p. 489-490).

O fato é que nos sistemas da *common law*, o poder judiciário exerce função central, ou seja, o direito é feito pelo juiz (*judge-made law*). O juiz tem uma liberdade maior de interpretação da lei, e, uma vez formado o precedente, os juízes dos sucessivos casos idênticos ficam vinculados aos parâmetros normativos estabelecidos pelas decisões anteriores, os chamados precedentes vinculantes (*bindingby precedents*). Assim, nesse sistema, o precedente é a principal fonte do direito.

Como explana Tereza Arruda Alvim Wambier, o objetivo da previsibilidade – que tem como pressupostos a estabilidade, a uniformidade e a solidez – é atingido na *common law* pela obediência aos precedentes. Os cidadãos devem conformar-se aos termos das decisões judiciais. Assim, a igualdade, que é um dos principais fundamentos do sistema de precedentes vinculantes, acaba sendo respeitada (WAMBIER, 2009, p. 56).

Luiz Guilherme Marinoni, traçando um paralelo entre as duas tradições legais – *civil law* e *common law* – acentua que “A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas, supôs-se no *civil law* que tais valores

seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se” (MARINONI, 2009, p. 205).

Os dois sistemas possuem normas positivadas e precedentes – aqui falamos em precedente em seu sentido amplo, que na lição de Neil MacCormick e Robert Summers, pode ser compreendido como uma ou mais decisões prévias que servem de modelos para os casos posteriores (MACCORMICK e SUMMERS, 1997, p. 2) –, o que os diferencia é o valor que cada sistema jurídico atribui à lei e aos julgados anteriores como forma de atingir o objetivo, também comum às duas famílias jurídicas, de segurança, previsibilidade e igualdade.

A hierarquia das fontes de direito nos dois sistemas faz com que a lei seja a fonte primária na *civil law* enquanto os precedentes desempenham esse papel na *common law*.

Nada obstante, o que se percebe na atualidade é uma tendência cada vez maior de aproximação dos dois sistemas, senão vejamos.

1.2 O constitucionalismo e a aproximação dos sistemas da *common law* e da *civil law*

A Revolução Francesa foi o marco da *civil law*, pois limitou a atuação do juiz à norma positivada, “[...] a lei passou a ser vista como expressão legítima da vontade do povo e o juiz devia decidir com base nos textos de direito positivo e nada mais. Não se falava em interpretação, esta palavra devia ser, como se dizia, *effacé de nosdictionnaires*” (WAMBIER, 2010, p. 36).

Como visto, naquele momento, a adstrição à norma legal foi a maneira que se encontrou para controlar a atuação dos magistrados, que passaram a ter sua atividade limitada à vontade expressa pela lei. O destaque dado à produção legislativa na *civil law*, fez com que surgisse uma certa confusão entre lei e direito nos países com essa tradição, dando origem à codificação, como forma dar completude ao sistema, garantindo segurança jurídica e previsibilidade.

Dessa forma, a segurança do direito, na tradição romano-germânica, estava fundada no fato de que o juiz deveria dizer a lei sem liberdade para interpretá-la. O

pensamento central era o de que a adstrição do juiz à lei seria o suficiente para provocar a desejada igualdade.

No entanto, essa concepção utópica não foi suficiente para trazer a segurança e a previsibilidade pretendidas. Os acontecimentos históricos que seguiram a Revolução Francesa mostraram que a lei poderia ser criada em sentido contrário aos interesses da população e aos princípios da justiça (MARINONI, 2019, p, 52).

Nesse contexto, no Século XX, as leis foram deixando de ser as fontes supremas do direito e as Constituições vieram a ocupar a posição de maior destaque nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica.

Marinoni destaca que a evolução do *civil law*, diante do impacto do constitucionalismo, “deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição” (MARINONI, 2009, p. 21).

A partir desse movimento constitucionalista, os juízes do *civil law* passaram a interpretar as normas legais sob a ótica dos princípios e garantias previstos na Lei fundamental, ao realizar o controle de constitucionalidade, conferindo à lei sentido compatível com a Constituição. Conseqüentemente os magistrados dos países ligados ao sistema romano-germânico começaram a exercer um papel mais próximo àquele dos juízes da *common law*⁴. A lei deixa de valer por si mesma e passa a encontrar limites nos direitos fundamentais positivados nas Constituições (MARINONI, 2019, p. 53).

⁴ De acordo com Marinoni “Não há dúvida de que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa Continental não resistiram à necessidade do controle de constitucionalidade da lei, embora tenham reservado esta função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do legislativo.

Porém, mais importante que convencer a respeito da ‘criação judicial do direito’ é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios da tradição do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo. Lembre-se de que o juiz, mediante a técnica de interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislativo. Essa nova feição judicial fica também clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora, isso apenas pode significar, aos olhos da tradição do *civil law*, uma afirmação do poder judicial com força de direito” (MARINONI, Luiz Guilherme, Precedentes Obrigatórios, 6ª Edição, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 54-55).

Assim, passado o momento da codificação da *civil law*, veio o da constitucionalização, caracterizado pela atuação judicial, mediante a concretização das regras abertas. Essa nova concepção do direito acabou por resultar, para os países de tradição romano-germânica, numa aproximação com o sistema da *common law*. Como consequência houve uma ruptura de paradigma, o princípio da legalidade formal, conforme ressalta Marinoni, deu lugar ao princípio da legalidade substancial. O juiz da *civil law*, que passou a controlar a constitucionalidade da lei, deixou de estar a ela submetido (MARINONI, 2009, p. 38).

O movimento de aproximação no sentido contrário também pôde ser observado nos sistemas anglo-saxões.

René Davi esclarece que, embora a essência do direito inglês continue a ser jurisprudencial, a lei desempenha na Inglaterra de hoje uma função que não é inferior à da jurisprudência (DAVID, 2002, p. 436).

Da mesma maneira, é possível perceber que nos Estados Unidos da América as leis, que já ocupavam um papel de maior destaque do que o que ocupavam no modelo inglês, vem sofrendo uma considerável proliferação, muito embora nesse sistema a lei só ganhe sentido quando interpretada pelos tribunais (DAVID, 2002, p. 505-506).

Além disso, segundo José Rogério Cruz e Tucci, há uma tendência à ampliação das exceções à rigidez da eficácia vinculante das decisões anteriores. Essa maior flexibilidade para se fazer a distinção, principalmente nos Estados Unidos, tem contribuído para o aprimoramento científico do direito nos países da *common law* (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 248).

O certo é que diante da evolução da sociedade, com destaque para o fenômeno da globalização, presente também no Direito, percebe-se atualmente uma clara aproximação entre os dois grandes modelos jurídicos do mundo ocidental elencados por René David em seu estudo. Nos países que adotam a *common law*, há um aumento substancial da produção legislativa e uma tendência à ampliação das possibilidades de se fazer a distinção de precedentes (*distinguishing*). Em sentido oposto, constata-se uma tendência cada vez maior nos tribunais da *civil law* de terem que observar as decisões anteriores das altas cortes.

Nesse contexto, em virtude da força que os institutos próprios da *common law* – em especial os precedentes – adquiriram no Direito dos países de tradição romano-

germânica e, particularmente, no Brasil, torna-se de fundamental importância o estudo desses institutos, tais como concebidos em sua origem, para uma melhor compreensão do Direito Processual a partir dessas inovações, partindo-se da busca por uma definição de precedentes que sirva de suporte teórico para o estudo desse novo sistema.

1.3 Precedentes judiciais

A ideia do julgamento fundado em precedentes judiciais, conforme visto nos tópicos anteriores, vem originalmente dos sistemas da *common law*. No entanto, conforme observado por Michele Taruffo, os precedentes não são uma característica peculiar dessa tradição jurídica, estando agora presentes na maioria dos sistemas, inclusive nos de *civil law*. Taruffo explica que:

Por isso, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os segundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais – admitindo-se que realmente tenha tido no passado – qualquer valor descritivo. De um lado, na verdade, nos sistemas de *civil law* se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao processual – são, na realidade, “codificadas” (TARUFFO, 2011, p. 1).

Vários são os autores, tanto na doutrina estrangeira quanto na nacional, que procuram definir o que são os precedentes judiciais. Algumas dessas abordagens são mais restritivas, outras mais ampliativas de forma a reconhecer a possibilidade do uso de precedentes mesmo em sistemas sem essa tradição⁵.

Michele Taruffo entende que o precedente fornece uma regra universalizável que poderá ser aplicada como critério de decisão em casos futuros, em função da identidade, ou a partir da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos dos casos sucessivos. O autor traça um paralelo entre precedente e jurisprudência, acentuando haver distinções de caráter *quantitativo* entre os dois institutos. No seu entender, o precedente é, em regra, uma decisão relativa a um caso particular, enquanto a jurisprudência diz respeito a uma pluralidade de decisões relativas a diversos casos concretos. Quanto à qualidade, o

⁵ Escolhemos aqui, para exemplificar essas diferentes abordagens, as perspectivas de Michele Taruffo, Thomas da Rosa Bustamante, José Rogério Cruz e Tucci, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, Sérgio Cruz Arenhart e Paula Pessoa Pereira e Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, antes de introduzirmos a doutrina de Neil MacCormick.

precedente fornece uma regra universalizável, que pode ser aplicada como critério para a decisão posterior a partir da analogia dos fatos dos casos concretos, assim é o juiz do caso posterior quem define se há precedente. Já no uso da jurisprudência não se verifica, em regra, a análise comparativa dos fatos, mas sim a formulação de regras como enunciações gerais de conteúdo normalmente mais específico em comparação com o texto da norma objeto de interpretação (TARUFFO, 2011, p. 2-3).

Thomas da Rosa de Bustamante⁶, a partir da comparação entre o Direito da França e o da Inglaterra, estudou a estrutura linguística das decisões judiciais dominantes nesses países para compreender como cada um dos sistemas jurídicos reconhece e legitima o poder normativo das altas cortes do Judiciário. Nessa linha de investigação, o autor buscou abordar as semelhanças entre as duas tradições jurídicas de forma a demonstrar que o modo de raciocínio do jurista que realiza a interpretação e aplicação de precedentes judiciais nos dois sistemas têm similaridades suficientes que justifiquem se falar em uma única teoria dos precedentes judiciais, em especial uma teoria normativa, válida para ambas as tradições jurídicas (BUSTAMANTE, 2012, p. 114).

Para Bustamante a principal diferença entre as duas tradições não está nem no raciocínio jurídico – no processo hermenêutico de construção de sentido para as normas jurídicas em geral –, nem necessariamente nos modos de justificação que prevalecem no discurso jurídico. A principal diferença está na forma como o legislador se comporta em cada uma das tradições jurídicas. A pretensão de se formar um conjunto completo de normas que buscam regular antecipadamente as relações jurídicas de modo geral, ainda é uma característica da *civil law*, enquanto na *common law* “a atividade legislativa é ainda, pelo menos em parte significativa do direito privado, assistemática fragmentária e parasitária do direito consuetudinário e jurisprudencial, na medida em que apresenta em

⁶ Para Bustamante: “Fica claro, portanto, que o Positivismo Normativista de Kelsen não está tão distante do Realismo Jurídico e do Positivismo Jurídico inglês de modo geral. Ambos acreditam que o Direito é uma criação humana e que as normas individuais que decidem casos concretos são criadas pelos próprios órgãos de aplicação do Direito.

Ademais, independentemente dessa proximidade com o Realismo Jurídico - que revela como as teorias jurídicas dominantes no *common law* e no *civil law* contemporâneos enxergam a atividade judicial de forma semelhante, ou seja, como um processo de criação normativa a própria Teoria Pura do Direito reconhece que a atividade judicial de criação do Direito é o mesmo tipo de processo intelectual seja nos sistemas jurídicos de Direito continental ou no *common law*, pois o que diferencia a atividade dos juizes nos dois sistemas é unicamente a origem das normas gerais que vinculam o processo de tomada de decisão: em um caso, são normas produzidas pelo legislador, noutro, a legislação é descentralizada, e as normas gerais que constituem fundamento de validade da decisão têm origem costumeira.” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 102).

muitos casos um caráter *ad hoc* e se vale de conceitos que só fazem sentido se interpretados à luz do *case law*” (BUSTAMANTE, 2012, p. 115).

O jurista observa que a teoria dos precedentes que defende em muito se assemelha à teoria de Neil MacCormick, destacando se tratar de uma teoria que, em regra, se mostra incompatível com o Positivismo Jurídico e com a ideia de que a autoridade seria o único elemento relevante para determinar a força de um precedente judicial. Destarte, para Bustamante:

O peso do precedente será fixado em um discurso interpretativo onde serão ponderados os argumentos baseados na *autoridade* institucionalizada e os argumentos *racionais* em sentido estrito. Nunca um precedente terá peso absoluto, mas nunca também deixará de ter um peso na argumentação jurídica (BUSTAMANTE, 2012, p. 333).

José Rogério Cruz e Tucci esclarece que, embora a tradição de observância das decisões anteriores seja a essência da *common law*, o sistema de precedentes vinculantes é uma prática relativamente recente inclusive nesses sistemas, pois foi somente a partir das primeiras décadas do Século XIX que o direito inglês passou a reconhecer a eficácia vinculante do precedente judicial (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 158).

O doutrinador aponta como características formais dos precedentes judiciais: a hierarquia, pois o efeito vinculante das decisões encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere; a auto referênci, sendo a exigência de que a corte invoque, para acolher ou rejeitar o pedido, julgado ou julgados anteriores de tribunal superior ou da própria corte; e o método distintivo (*distinguishing*), segundo o qual não se exige submissão cega a anteriores decisões proferidas em casos análogos, podendo o juiz, a partir do exame da *ratio decidendi* do precedente, interpretá-lo de modo restritivo ou ampliativo (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 170-171).

Cruz e Tucci, ao tratar da dimensão da eficácia do precedente judicial, ou seja da intensidade da influência que ele exerce sobre a decisão de um caso futuro, discorre sobre a diferença de método na formação do raciocínio jurídico nos sistemas da *common law* e da *civil law*, dando destaque à amplitude de discricionariedade do juiz inglês e à natureza casuística-indutiva do raciocínio que realiza, bem como ao cunho normativo-indutivo do raciocínio do juiz da *civil law*, enfatizando o fato de que a jurisprudência exerce significativa influência persuasiva no direito codificado, defendendo a ideia de que o

problema da eficácia do precedente não pode ser reduzido à simples alternativa entre vinculante e não vinculante⁷ (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 185-186).

Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, buscam resgatar o precedente “genuíno da *common law*”, acentuando que para se tornar um padrão decisório para os demais tribunais e juízes um precedente de um tribunal superior deve ser aceito “primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Judiciário”. Nesse contexto, negam a existência de um sistema de precedentes no Brasil. Para eles, os instrumentos criados pelo Código de Processo Civil de 2015 são apenas provimentos judiciais vinculantes que têm por função reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva. Para Streck e Abboud não há aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. No entender dos doutrinadores:

O mecanismo de decisão por precedentes é natural e funcionalmente de caráter hermenêutico em razão de dois aspectos principais. O primeiro é porque a decisão por precedentes não se articula com textos pré-definidos, vale salientar: o precedente, e mais especificamente a *ratio decidendi*, não pode ser capturado e limitado por um texto, súmula etc., sob risco de deixar de ser *ratio decidendi*. Comunicemos a boa nova: *O direito não cabe no precedente*. O segundo aspecto é a necessária individualização do caso a ser decidida por um precedente que não abarca previamente uma questão fática, o que torna necessária a demonstração da singularidade de cada caso, para que se evidencie a possibilidade ou não de submetê-lo à solução por precedentes. Ou isso ou paremos de dizer “o direito é uma questão de caso” (STRECK e ABBoud, 2013).

⁷ De acordo com José Rogério Cruz e Tucci, “Sem embargo da evidente ‘diferença de valor’ que é reservada ao produto da atividade judicial, o processo lógico do intérprete, em ambos os sistemas jurídicos, descortina-se assemelhado. A interpretação do precedente aproxima-se da interpretação da lei, porque sempre haverá um contexto de justificação a legitimar a decisão pleiteada.

A peculiaridade da incidência do precedente em cotejo com a aplicação da lei consiste sobretudo na amplitude da área de discricionariedade que o juiz inglês possui. A individuação da *ratio decidendi* é uma operação heurística de natureza casuística, pela qual a regra jurídica é extraída do confronto entre anterior decisão e o caso concreto submetido à apreciação judicial.

A sentença do juiz da *civil law*, a seu turno, também pressupõe um labor intelectual, porém, de cunho normativo-dedutivo, no qual deve ser apresentada uma justificação das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinaram a subsunção destes a determinado texto de lei.

É de ressaltar-se, por outro lado, que a jurisprudência exerce significativa influência persuasiva na esfera do direito codificado e, por essa razão, ‘defende-se a ideia de que o problema da eficácia do precedente não pode ser reduzido à simples alternativa entre eficácia vinculante e não vinculante’.

O precedente judicial é, pois, um fenômeno extremamente difuso, presente e importante nos ordenamentos de *civil law*, cada vez mais reforçado pela função nomofilática das Supremas Cortes” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte de direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 186-187).

Para Sérgio Cruz Arenhart e Paula Pessoa Pereira, “o precedente não se equivale ao conceito de decisão judicial nem ao de fundamentação, que é um dos elementos decisórios”. O precedente, na abordagem da sua vinculatividade, corresponde essencialmente à razão necessária e suficiente – com potencial de generalidade ou ‘replicabilidade’ para os casos semelhantes – pela qual um resultado jurídico é adotado na solução do problema (ARENHART e PEREIRA, 2019, p. 20).

Por fim, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, entendem que, em sentido *lato*, o precedente judicial consiste na “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”, já em sentido estrito, o precedente seria a própria *ratio decidendi* ou *holding*, como chamam os norte-americanos, ou seja, os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2021, p. 565-566).

Assim, ciente da divergência teórica que existe sobre a definição do precedente judicial – inclusive quanto ao fato de que alguns autores considerarem o ordenamento jurídico brasileiro incompatível com aquilo que entendem por precedentes –, para o desenvolvimento deste trabalho, em que se pretende investigar como se dá a formação dos precedentes no direito brasileiro, especificamente nos recursos repetitivos, é necessário eleger uma corrente de pensamento a ser seguida que permita verificar se, de fato, é possível identificar no novo Direito Processual brasileiro um sistema de precedentes judiciais.

Nesse contexto, entende-se que a concepção pós-positivista de precedentes judiciais professada pelo jusfilósofo Neil MacCormick é o melhor caminho a tomar.

Como bem pontua Manuel Atienza, MacCormick exhibe “uma elegante simplicidade e clareza” para formular uma teoria que tem como traço um esforço integrador, ou como ele mesmo diz “a meio caminho”, sendo tanto descritiva quanto normativa, dando conta tanto dos aspectos dedutivos quanto dos não-dedutivos da argumentação jurídica, além dos aspectos formais e materiais, se situando assim entre a teoria ultra racionalista de direito de Dworkin (para quem existe uma única resposta correta para cada caso) e a irracionalista de Ross (que entende que as decisões jurídicas são essencialmente arbitrárias, ou seja, são produto da vontade e não da razão) (ATIENZA, 2003, p. 119).

Thomas da Rosa de Bustamante também defende a teoria pós-positivista de MacCormick, elencando, resumidamente, os seguintes pontos constantes em seus argumentos (todos incompatíveis com o positivismo), como relevantes para o desenvolvimento do Direito:

(1) a caracterização do direito como um conceito “argumentativo”; (2) a sua teoria reflexiva das fontes do direito; (3) a concepção kantiana de justificação jurídica que sobressai em sua teoria da argumentação jurídica; (4) a tese do caso especial; (5) a tese da pretensão de correção do direito e a correlata obrigação de fazer justiça conforme o direito; e (6) o papel desempenhado pela eticidade e pela moralidade política no desenvolvimento e na aplicação do direito (BUSTAMANTE, 2013, p. 264).

Bustamante frisa que o pós-positivismo de MacCormick rejeita a concepção de que as fontes do direito são exaustivas e suficientes para determinar o conteúdo das regras jurídicas. O Direito é visto como uma prática interpretativa, de caráter inerentemente argumentativo e, portanto, aberta a argumentos morais, éticos e pragmáticos que estão inseridos no discurso jurídico (BUSTAMANTE, 2013, p. 274).

Nesse contexto, os precedentes se inserem nessas fontes do Direito (entendidas como materiais pré-interpretativos e não como as fontes do modelo positivista) e as normas deles derivadas “serão fixadas em um discurso interpretativo no qual argumentos baseados na moralidade política e argumentos baseados na razão prática são ponderados de maneira apropriada” (BUSTAMANTE, 2013, p. 281).

Cabe ressaltar que o objetivo e a extensão do presente trabalho não permitem a realização de um estudo aprofundado da teoria do celebrado jurista. Suas ideias, serão apresentadas de forma simplificada, servindo como referencial teórico para que se possa compreender a nova sistemática adotada pelo Direito Processual brasileiro sob a perspectiva da teoria dos precedentes professada por MacCormick.

1.4 A teoria de Neil MacCormick

Neil MacCormick e Robert S. Summers, iniciam a obra *Interpreting precedentes. A comparative study* afirmando, de forma genérica, que “precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões posteriores”. Já “os precedentes obrigatórios são decisões anteriores que por alguma razão devem necessariamente ser

usadas como modelo nas decisões posteriores”⁸ (MACCORMICK e SUMMERS, 1997, p. 2, tradução livre).

Para esses autores, uma decisão proferida com base em um precedente não toma simplesmente uma decisão anterior como referência, mas sim como um modelo orientador para a solução do problema presente, sob a perspectiva de que a observância de decisões anteriores em casos semelhantes é o curso correto, ou mesmo obrigatório, a ser seguido⁹.

A Teoria Institucional do Direito, proposta por MacCormick, na obra “Retórica e Estado de Direito”, parte do pressuposto de que o Direito é uma ordem normativa institucional, na qual duas condições precisam ser satisfeitas: a primeira é a de que “há muitas normas de conduta regulando as atividades das pessoas, e essas atividades em grande medida se conformam àquilo que as normas exigem”; e a segunda está ligada ao fato de que todas essas numerosas normas estão em alguma medida interconectadas umas às outras e se ajustam formando um único corpo do Direito (MACCORMICK, 2008, p. 3-4).

Na acepção de MacCormick, “a compreensão da existência de um sistema normativo e a compreensão do fato de que os outros veem esse sistema normativo de modo semelhante e dão a tal sistema semelhante consideração prática contribui para, ou mesmo constitui, um certo ordenamento na conduta”. Mas, “como uma ordem normativa, ela tem contínua necessidade de interpretação e, como uma ordem prática, tem contínua necessidade de adaptação aos problemas práticos atuais”. Essa interpretação, no contexto de um julgamento, por envolver interesses e valores de grande importância para os

⁸ No texto original: “Precedents, we said, are prior decisions that function as models for later decisions. Authoritative precedents are prior decisions that for some reason one ought to use as governing models for later decisions” (MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents. A comparative Study.* Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 2).

⁹ Segundo MacCormick e Summers: “Applying lessons of the past to solve problems of present and future is a basic part of human practical reason. Accordingly, there is no better way for a lawyer to get at the heart of a legal system than to ask how it handles precedent. Precedent represents the law observing itself, in two senses. First, when a lawyer - judge, practitioner or legal scholar - contemplates a legal problem and inquires whether there is any precedent about this problem, what will be produced for scrutiny, should the inquiry succeed, is a record of a prior decision or decisions from the same legal system that solved, well or ill, the same or at least a similar problem. Thus one member of the system observes another member's activity in one of the central tasks of a legal system, the problem-solving, case-deciding task. Second, there may be observance in the stronger sense of compliance: the later decision maker does not merely take note of an earlier solution, but may comply with it as a guiding model for solution of the present problem, and may do so on the ground that present observance of past rulings in like cases is the right or even the obligatory course to follow” (MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents. A comparative Study.* Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 1).

indivíduos e grupos, deve ser acompanhada de uma prática argumentativa e por um processo de decisão entre argumentos rivais, sendo de suma importância definir os bons argumentos e distingui-los dos maus argumentos (daí porque deu ao estudo o título de “retórica”) (MACCORMICK, 2008, p. 8-9).

O jurista escocês procura dentro da teoria da argumentação uma forma de se dar solução os chamados “casos difíceis” (*hard cases*) – entendidos como aqueles nos quais se apresenta alguma dificuldade na interpretação do Direito, diante da presença de fortes argumentos a favor de cada um dos entendimentos possíveis ou de interpretações rivais do Direito apresentadas por ou em favor de cada uma das partes (MACCORMICK, 2008, p. 66-67) – e conclui que, embora nem sempre se consiga chegar à resposta mais racional, a argumentação jurídica seria apta a apontar as respostas não racionais para o problema, fornecendo instrumentos capazes de afastar as soluções inaceitáveis (MACCORMICK, 2008, p. 359).

MacCormick salienta que desacordos relativos a questões importantes e profundas de opinião existem e o único modo geral de lidar com tais desacordos é por meio de alguma hierarquia de julgamentos de autoridade, combinada com um sistema majoritário em tribunais colegiados (MACCORMICK, 2008, p. 339).

O autor, nesse ponto, formula seu raciocínio a partir da análise da teoria discursiva, a qual apresenta a visão decisionista como a alternativa possível para a solução problemas dessa natureza, ou seja, o que a corte decidiu é correto porque a corte decidiu e não (ou não ainda) foi revertido em grau de recurso. Destarte, segundo essa teoria, os juízes, embora possam decidir de forma pouco sábia ou imprudente, não podem efetivamente cometer erro sobre o Direito em casos-problema, pois não existe uma verdade anterior sobre a questão em que poderiam estar errados (MACCORMICK, 2008, p. 339-344).

Contra o decisionismo, MacCormick apresenta a visão de que os juízes não seriam constituidores, nem criadores do Direito no sentido forte, mas sim descobridores do Direito. Assim a decisão jurídica correta seria aquilo que eles devem descobrir e não criar. Nessa ordem de ideias, a convicção de que a decisão dos juízes seria a correta dependeria de uma confiança, dentro da comunidade, de que os juízes seriam propriamente seus representantes na investigação da resposta correta (MACCORMICK, 2008, p. 356-357).

Por fim, na teoria política e constitucional, surge a ideia de que as pessoas que proferem as decisões jurídicas são responsáveis por defender e implementar o Direito e não de criá-lo por meio de suas opiniões, assim, o tema ‘Estado de Direito’ é posto em questão. Para MacCormick, opiniões jurídicas são opiniões justificadas e tem peso em virtude da expertise e da sabedoria prática daqueles que a emitem. O tipo de raciocínio que se opera na decisão é uma forma de argumentação prática, ou seja, com base na pressuposição de que podem existir certas questões sobre as quais uma opinião pode ser certa ou errada. Em certos casos, após refletir sobre toda a argumentação apresentada, é possível encontrar as respostas jurídicas possíveis e decidir pela mais razoável. Mas existem casos que nem o Direito nem o senso comum sobre o razoável determinarão a solução, e, nesses casos, o recurso que resta é o de autoridade ¹⁰(MACCORMICK, 2008, p. 358-361).

Manuel Atienza, discorrendo sobre a teoria da argumentação jurídica de MacCormick, exposta na obra *Legal reasoning and legal theory*, de 1978, apresenta os principais pontos abordados pelo pensador para a justificação das decisões nos casos difíceis. O primeiro ponto seria a satisfação do requisito da justificação interna, relacionado à universalidade (pela regra da justiça formal, o critério para a solução de um caso presente deve coincidir com o critério utilizado nos casos anteriores). Em seguida, Atienza ressalta que a decisão deve satisfazer ao critério de justificação externa, atendendo aos requisitos de consistência – a decisão deve se basear premissas normativas ¹¹– e de coerência – as normas não podem ser consideradas isoladamente, mas como conjuntos dotados de sentido (na ideia de coerência estariam os argumentos a partir de princípios e os argumentos por analogia). O terceiro ponto diz respeito aos argumentos

¹⁰ No entendimento de MacCormick: “Saber se um tópico sujeito ao discurso racional admite dois ou mais resultados ‘discursivamente possíveis’, ou essencialmente razoáveis, é uma questão por si só discutível. Por isso, será sempre razoável problematizar, por meio de um novo discurso, a alegação de que não havia nada a ser feito em relação a um certo problema senão tomar uma decisão de autoridade. O fato de que o caráter final da decisão jurídica, em nome dos propósitos práticos da tomada de decisões, impõe um fechamento, não pode insulá-la contra novas interpelações da razão crítica. Conforme já se argumentou, hierarquias de cortes e as regras de votação por maioria na corte mais alta são necessárias para atingir uma decisão final nos assuntos práticos. Elas não mostram que as questões jurídicas têm somente respostas arbitrárias, nem mesmo que não há nada a escolher entre quaisquer duas opções” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 361).

¹¹ Na visão de Atienza “essa exigência – embora MacCormick não o faça – precisa ser estendida também à premissa fática; assim, quando há um problema de prova, as proposições sobre o passado (o fato cuja existência se infere) não devem entrar em contradição com as afirmações verdadeiras sobre o presente” (ATINENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo. Landy Editora, 2003, p. 128).

consequencialistas. Para MacCormick a decisão precisa ter sentido não só em relação ao sistema, mas também em relação ao mundo¹². (ATIENZA, 2003, p. 128-136).

MacCormick vê o Direito como uma disciplina argumentativa. Não pode haver asserções sem razões. Tudo o que é afirmado pode ser questionado e uma razão deve ser oferecida para o que quer que tenha sido afirmado. No seu entender, “os princípios e regras de decisão e de conduta que alguém adota têm que pertencer a um corpo de pensamento prático e de compromissos que seja internamente consistente, e que seja caracterizado também por uma certa coerência geral”. Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas o devem fazer no contexto de materiais, que seriam as fontes do Direito – as constituições, as leis em geral e os repertórios de decisões judiciais, reconhecidas em alguns sistemas como “precedentes”, no sentido de consistirem em uma “fonte formal de direito” – que servem para guiar e justificar as decisões, assim como para restringir o espectro dentro do qual as decisões podem ser tomadas legitimamente (MACCORMICK, 2008, p. 23-31).

Na visão do autor, é o silogismo que fornece a moldura dentro da qual os outros argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos. Portanto, para saber qual deve ser a aplicação efetiva de uma lei em um caso concreto deve-se seguir uma lógica própria, dentro da qual se torna claro o porquê das questões interpretativas e dos argumentos terem uma real importância como argumentos jurídicos. É importante que o jurista seja meticuloso ao examinar cada uma das proposições universais ou conceitos estabelecidos em uma lei, descobrindo assim sua hierarquização, interação mútua ou subordinação. “Os casos são ganhos ou perdidos por meio do emprego de um cuidado meticuloso (ou por meio da falta desse cuidado) em exaurir cada conceito relevante, em testar rigorosamente cada um dos eventos particulares que poderão contar como exemplos de concretização daquele conceito geral”. Assim, “o modo de apresentar um caso pertence mais à retórica que à lógica, mas a retórica mais eficiente será provavelmente aquela que se fundamenta em uma clara compreensão das implicações lógicas desse processo” (MACCORMICK, 2008, p. 57).

¹² Para Atienza: “a concepção consequencialista de MacCormick pode ser compatível com a ideia de que, para justificar as decisões judiciais, utilizam-se dois tipos de razões substantivas: as razões finalistas (uma decisão se justifica por promover um determinado estado de coisas, considerado desejável) e as razões de correção (uma decisão se justifica por ser considerada correta ou boa em si mesma, sem levar em conta nenhum outro objetivo posterior)” (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo. Landy Editora, 2003, p. 134-135).

MacCormick ressalva haver diferenças entre a força das premissas para o silogismo realizado no contexto do *common law* e do *civil law*:

Na natureza de um caso contencioso apresentado no contexto do *common law*, as premissas para o silogismo a partir do qual iniciamos são mais fracas e mais provisórias ou sujeitas a alteração do que nas argumentações construídas a partir de leis escritas. Mas não é menos verdadeiro que o objetivo continua a ser o de concluir o caso com um silogismo cujas premissas tenham toda a solidez que um bom argumento jurídico pode assegurar. Os elementos desses argumentos interpretativos não são essencialmente diferentes em casos envolvendo a aplicação do Direito jurisprudencial ou do Direito legislado, em sistemas pertencentes ao *common law*. Seria, aliás, bastante extraordinário se assim não fosse (MACCORMICK, 2008, p. 63).

Sobre os argumentos dedutivos, MacCormick é categórico, “ninguém pode ser mais convincente em suas conclusões que em suas premissas. Assim, quem quer que deseje apresentar um argumento deve estar preparado para defender e justificar suas premissas, usando para tanto uma variedade de argumentos práticos ou retóricos”. Portanto, “a dogmática jurídica não pode nunca ousar ser excessivamente dogmática em seu estilo” (MACCORMICK, 2008, p. 101).

Na lição de MacCormick, os argumentos a partir de precedentes se encontram na categoria dos argumentos sistêmicos¹³, ou seja, aqueles que olham para o sistema jurídico de modo a verificar como dar melhor sentido ao texto em seu contexto. Assim, uma disposição legal que recebeu uma determinada interpretação judicial, deverá ter que ser interpretada por outras cortes de acordo com a interpretação dada anteriormente. MacCormick esclarece que “A referência a um precedente depende de doutrinas sistêmicas particulares sobre quando os precedentes são vinculantes, quando são persuasivos apenas, e a respeito de quais elementos são tanto vinculantes quanto persuasivos” (MACCORMICK, 2008, p. 171).

É preciso deixar claro que, de acordo com a doutrina de MacCormick, “quando se diz que um precedente tem caráter vinculante, não é cada palavra proferida pelo juiz ou pelos juízes na justificação da decisão que é transubstanciada em lei vinculante – mas somente a fundamentação, a *ratio decidendi*”. Mas o autor ressalva que “não há uma

¹³ MacCormick define argumentos sistêmicos como “aqueles que funcionam no sentido de prover uma compreensão aceitável do texto legal visto particularmente em seu contexto como parte de um sistema jurídico” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 170).

afirmação de consenso a respeito seja do que é fundamentação, seja de como se encontra a fundamentação de qualquer caso determinado” (MACCORMICK, 2006, p. 105).

MacCormick apresenta três motivos principais para que os precedentes sejam observados: primeiro, por “uma razão de justiça: se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos) ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados”; segundo, diante da “ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem está julgando”; e, terceiro, pela “economia de esforço – juízes e advogados não precisam realizar novo esforço argumentativo sobre as mesmas circunstâncias” (MACCORMICK, 2008, p. 191).

Assim, o jusfilósofo afirma defender uma teoria relativamente estrita ou formalista dos precedentes, salientando que as teorias existentes tendem do extremo mais ou menos estrito e formalista para o extremo mais ou menos cético do espectro, sendo que, “no extremo formalista, estão aquelas que representam a *ratio* como relativamente fixa a determinada ou ao menos determinável; no extremo cético, estão aquelas que consideram o termo como uma referência ilusória e assim significando qualquer coisa que o intérprete desejar”. Nesse contexto, as decisões sólidas e justificáveis de uma disputa jurídica devem estar baseadas numa regra firme e determinada, entendida como a *ratio* da decisão (MACCORMICK, 2008, p. 194-195).

Ao discorrer sobre o fundamento, o qual define como “a deliberação explícita ou implícita oferecida por um juiz que seja suficiente para determinar um ponto do direito posto em questão pelos argumentos das partes num caso, sendo ele um ponto a respeito do qual uma deliberação era necessária para sua justificação (ou uma de suas justificações alternativas)”, MacCormick adverte que nem todos os casos, mesmo os casos que “firmam jurisprudência”, são amparados em um único fundamento (MACCORMICK, 2006, p.281).

É importante ter em mente que a teoria de MacCormick apresenta a universalização como sendo essencial à justificação no campo da argumentação, mas, o que é decidido em um caso particular, não conduz, necessariamente, à tomada da mesma decisão em outro caso semelhante. As generalizações, ainda que úteis para fornecer uma orientação geral, não bastam para justificar a decisão, pois as particularidades do

problema devem ser sempre tomadas em consideração para se escolher a solução mais adequada (MACCORMICK, 2008, p. 103).

A doutrina de MacCormick admite que os “precedentes são usados em praticamente todos os sistemas jurídicos ao menos como um tipo de guia dotado de (mais ou menos) autoridade para a interpretação das leis, dispositivos constitucionais e outros tipos de disposições jurídicas vinculantes” (MACCORMICK, 2008, p. 32). Mas na visão do jurista, um sistema jurídico que adote um sistema de precedentes, seja qual for o grau de vinculatividade que se dê a eles, requer uma doutrina sobre o modo de conceber e usar os precedentes como fontes argumentativas e essa doutrina deve indicar de alguma forma os elementos do precedente que devem ser vinculantes ou persuasivos (MACCORMICK, 2008, p. 193).

Neil MacCormick e Robert S. Summers, ao apresentarem as conclusões do estudo comparativo da interpretação de precedentes nos sistemas da *common law* e da *civil law*, que realizaram em conjunto com diversos juristas, ressaltaram a importância do papel que os precedentes passaram a exercer nas tomadas de decisões e no desenvolvimento do direito nos países de tradição romano-germânica (MACCORMICK e SUMMERS, 1979, p. 531).

No estudo, foram identificadas aquelas que os autores consideraram as principais diferenças de tratamento que esses países dão aos precedentes e foram relacionadas algumas das deficiências que encontraram nos sistemas de precedentes da *civil law*, sendo elas, resumidamente, as seguintes¹⁴: (a) a forma como é dada publicidade às decisões,

¹⁴ Eis o teor original das diferenças entre os sistemas relacionadas no estudo: “Despite the two major tendencies to convergence just discussed, there remain differences in the treatment of precedent of a highly important kind. Several of these are deeply engrained in the different textures of the systems and especially in their styles of reasoning, of opinion stating and of law reporting. Some of these are well known, and some not.

First, there are differences between common law and civil law systems in the very nature of the officially (or semi-officially) published judicial opinions of higher and highest courts in the two types of systems. And what is reported substantially determines what is readily available to be used as a basis for argumentation in later cases. Unlike typical common law opinions, most officially published civil law opinions of the highest courts (constitutional courts aside) in most countries in our study do not include what common law observers, at least, would consider to be detailed statements of facts, although it is true that a detailed statement of facts may be available on request from the court or other sources (including the lower court opinion). Moreover, unlike many common law opinions (and unlike virtually all such opinions overtly overruling or modifying precedent), the typical officially published civil law opinion of the higher or highest courts (constitutional courts aside) in most countries includes no or very little purely substantive reasoning appealing to policy, although arguments from principle (sometimes quite elliptically stated) have a greater prominence. Moreover, the typical opinion in most civil law countries says relatively little about the procedural posture below of the case on appeal (whether, for example, it arises on an objection to evidence or a ruling on a point of law, and so on).

Second, in the civil law systems, the treatment of precedents in judicial opinions differs markedly from that of the common law systems. There is usually none of the detailed analysis and in-depth discussion of the point and purport of rulings on issues in prior cases, none of the careful teasing-out of points of distinction, both at the factual and at the legal level, that so markedly characterizes most common law reasoning and opinion writing. This, we suggest, reveals a crucial difference in the very concept of what constitutes a precedent as between civil and common law systems, or perhaps, as suggested in Chapter 15, Section 6, what is at issue is a different emphasis among commonly available models of precedent. In any event, the concept, or balance of emphasis among models, varies somewhat from civil law system to civil law system. To generalize, however, precedents are commonly conceived as loci of relatively abstract rules or (perhaps even more) principles, and it is generally to the stated rule or principle of law espoused by the court as an interpretation of code or statute that normative force attaches for the subsequent court, even where code or statute does not closely govern. There is usually not, as in common law systems, a restriction of the binding element to a ruling on an issue of law considered in the special light of the material facts of the case. Thus what we call the model of particular analogy plays far less part here. (See Chapter 15.) Of course, in common law systems, courts frequently essay formulations of a relevant rule of law or general principle, but such a formulation will usually be accepted as binding only insofar as it constitutes a relevant ruling on the issue of law posed by the material facts of the case. (See Chapter 16.)

Third, and related to the immediately preceding point, as a matter of civilian methodology, there is almost no tradition of differentiating systematically in regard to a precedent opinion between *ratio decidendi* and *obiter dicta* - between holding and dictum - as in the common law, and this is true of civilian methodology, again even for fields of law not closely controlled by code or statute. On the other hand, at least in German and in EU law, we do find a common practice of embarking at the outset of an opinion on a bold and wide statement of governing principle, usually with reference to, but not detailed discussion of relevant precedents; then in the body of the opinion the principle is narrowed down and rendered more precise or subjected to relevant exceptions that finally are concretized in the particular decision of the case, or the holding on the issue of interpretation, referred to the court. Though structurally in contrast with common law method at the surface level, this seems to be an approach with considerable functional similarity from the viewpoint of a deeper theory of argumentation.

Fourth, and related to the two preceding points, rules in the common law are contextualized within and emerge from fact situations and fact patterns. These fact situations and fact patterns, as well as the verbal formulations of the rules, play a major role in shaping the scope of common law rules, as applied by subsequent courts. This is far less true in most civil law systems in our study, where the verbal formulations of general rules (statutory and other) and any relevant interpretive methodology are usually the primary determinants of their ultimate scope (always, of course, in conjunction with whatever article of statute or code may require interpretation in the decision). This, of course, is partly so of necessity, because the fact patterns involved may only appear in a relatively formulaic and unanalyzed recitation of material facts, or may not appear at all, in the officially published opinion of the civil law court.

Fifth, and related to the three preceding points, no sophisticated methodology of distinguishing precedents otherwise arguably applicable has developed in any of the civil law countries (again, constitutional cases aside), yet distinguishing has long been something of a high art among practitioners and judges in the common law countries. In civil law countries, perhaps because precedents lack the formally binding character or explicitly legal normative force ascribed to them by common lawyers, a process of tacit overruling or other departure appears to be deemed sufficient. While this lightens the load of burdensome detail in law reports, it can give rise to subsequent obscurity as to the line that ought to be drawn between closely analogical precedents that point in different directions. And again, at least at the level of published opinions, the ground for preferring one line to another in any subsequent case is frequently left rather inexplicit.

Sixth, in most cases in most of the civil law countries, a single precedent is usually not on its own sufficient to count as authoritatively settling a point of law (again, constitutional cases aside). Several precedents, that is, a line' of precedents, are usually required, and in some countries many precedents may be mentioned on a point. On the other hand, in common law countries, a single precedent of a highest court is frequently enough to settle a point of law (unless serious questions arise later as to its substantive soundness). Here the relative narrowness and 'fact-boundness' of the common law conception of *ratio* is important; in fact, and when the initial *ratio* is relatively wide, it may take a series of decisions to settle points of principle with final clarity, so there may be some functional similarity between superficially contrasting approaches here.

Seventh, a vital difference concerns the liberty of even lower courts to depart from a single higher-court precedent, or even from a line of several precedents. Doctrines of judicial independence, coupled with non-recognition of 'case law' as strict law rather than legally relevant material for argumentation, give to lower

faltando o detalhamento dos fatos e da fundamentação; (b) a ausência da delimitação do elemento vinculativo da decisão, considerado à luz dos fatos materiais da causa; (c) a falta de diferenciação entre o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*; (d) o fato de as decisões da *civil law* não emergirem de situações e padrões de fato, mas sim de normas postas; (e) o não desenvolvimento de uma metodologia para a distinção em relação aos precedentes firmados; (f) o fato de, nesses países, um único precedente não ser suficiente para decidir de forma definitiva uma questão legal, exigindo-se uma série de decisões sobre o assunto; (g) a liberdade, relacionada ao princípio da independência do juiz, que os tribunais inferiores possuem de se afastarem dos precedentes do tribunal superior; (h) o afastamento consciente dos precedentes por parte dos tribunais superiores, sem que tal fato seja mencionado; e (i) a desnecessidade de consideração explícita dos fatos materiais

courts in several civil law countries competence to hold - for stated reasons - that they find the law or the 'true' law to be other than as laid down from above, and to decide accordingly, of course with the risk of being reversed on appeal, and perhaps with the risk of blighting the career of a judge who might otherwise hope for promotion to higher courts. In Italy, Germany, Finland, France and Spain at least, apparently settled points can be reopened even by trial courts of general jurisdiction on their own judgment as to what is the law, or good law. A purportedly different or new interpretation of code or statute is the usual justification for such departures, at all court levels. This can even lead to the same contested point of law being relitigated many times, before it is taken to be finally settled. (Chapter 2, section II (5), gives a striking example from the law of asylum in Germany.) This historically understandable stress on the need for every judge and court to exercise independent judgment rather than risk injustice under a kind of 'cloak of superior orders' may in some settings lead to confusion, if literally dozens of precedents can be cited for the same point, especially if different appellate tribunals or panels of a supreme court have to pronounce, perhaps in somewhat different terms, on such iterative rejections of precedent. Chapter 5, on Italy, gives some indication of such a problem.

Eighth, in five of the civil law systems in our study, Sweden, Italy, Spain, France and Norway, the higher and highest courts consciously, and with some regularity, depart from precedent without even mentioning this fact. (In the French *Cour de Cassation*, this follows naturally because there the court does not even cite precedent when it does follow it; at the same time, some departures from precedent are expressly noted in the annual report of the *Cour de Cassation* to parliament.) Certainly, departures will come more easily to judges if they need not depart overtly and so need not explicitly justify their changes. Departures may also come more easily to judges where precedents take only the form of abstract interpretations that may seem more flexible or particularistic and so more readily defeasible or outweighable. And departures no doubt come more easily to courts which view themselves as essentially concerned to interpret code or statute as the formal source of law.

Finally, in summary and perhaps extension of the foregoing points, we should note the following features of civil law reasoning that contrast sharply and significantly with common law practice: precedents can be treated as applicable, and applied, without any explicit consideration of their aptness for application to the instant case in the light of its material facts; precedents may be followed, confirmed even, by courts of final instance without express citation or mention, far less express confirmation; likewise, precedents may be tacitly departed from or set aside by such a court, the court leaving it to commentators to draw the legal community's attention to this. In the view of the authors of this chapter, these features (which are common, though not universal, in the civilian systems) are symptomatic of a conception of precedent that deems it something other than or less than a full-dress formal source of law and which, accordingly, has somewhat lower normative force. Also, because courts see themselves bound to do justice according to law, they may confine themselves to citation of code or statute in their opinions, and in their view need not, even ought not to, go into excessive detail in their treatment of materials that are often viewed more as aids to good interpretation than as part of the very fabric of the law" (MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: A comparative Study*. Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 536-539).

do caso para a aplicação do precedente, o que retira a força normativa dos precedentes nesses sistemas (MACCORMICK e SUMMERS, 1979, p. 536-539, tradução livre).

Nesse contexto, a partir das ideias de MacCormick, pretende-se, nos próximos tópicos, proceder a uma retrospectiva da evolução do Direito Processual brasileiro, de modo a compreender o contexto em que foram introduzidas as novas técnicas de julgamento inseridas no Código de Processo Civil de 2015 – as quais vem sendo consideradas por alguns autores como um verdadeiro “sistema de precedentes”.

Para tanto é necessário identificar se foram adotados nesse novo sistema os institutos próprios da *common law* que caracterizam o julgamento fundado em precedentes judiciais, na concepção aqui estudada.

Pretende-se assim entender se houve, de fato, uma mudança na forma do raciocínio jurídico utilizado no processo de tomada de decisão no processo civil brasileiro, fazendo uma análise crítica específica da formação do “precedente” no recurso especial repetitivo, como representante escolhido desse novo sistema, a partir da visão do jusfilósofo escocês Neil MacCormick.

CAPÍTULO 2 – OS “PRECEDENTES JUDICIAIS” NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 A constitucionalização do Direito brasileiro e a introdução dos “precedentes”

O sistema jurídico adotado no Brasil, em sua essência, sempre foi filiado à família da *civil law*. Esse caráter do direito vinculado à norma imposta pelo Poder Legislativo está expresso no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nada obstante, desde o Império, quando o Brasil ainda não contava com um acervo jurisprudencial próprio, se tem notícia da necessidade de consulta aos chamados *assentos* preexistentes em Portugal e no Brasil, os quais foram implantados no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 2.684/1875, que previa que “Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para a inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidas no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada”. Segundo José Rogério Cruz e Tucci, esse regime de *assentos* era revestido de eficácia vinculante e vigeu até a instauração da República (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 233-234).

Com o advento da República e da Constituição de 1891, institutos do Direito Constitucional estadunidense, como a garantia do *judicial review* – entendido como o controle de constitucionalidade dos atos administrativos e legislativos – e o princípio da unidade da jurisdição, assim como as salvaguardas do *due process of law* (devido processo legal) e dos instrumentos constitucionais de defesa das liberdades, foram incorporados ao Direito brasileiro.

O Brasil adotou um modelo de controle de constitucionalidade inspirado no modelo norte-americano, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal, criado pela Carta Republicana, a competência de preservar a autoridade e a uniformidade na aplicação da Constituição e das leis federais, por meio da introdução no ordenamento jurídico do recurso extraordinário, cabível, entre outras hipóteses, contra acórdãos de tribunais estaduais para dirimir as divergências de interpretação de lei federal (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 237).

A Constituição outorgada pela ditadura do Estado Novo, em 1937, como acentua Hermes Zaneti Jr, manteve formalmente o controle judicial de constitucionalidade do regime anterior, mas diminuiu em muito o papel do Supremo Tribunal Federal (ZANETI JR., 2017, p. 65).

Por sua vez, a promulgação da Constituição Federal de 1946 representou a retomada da democracia. Nela houve a consolidação da possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário dos atos de outros poderes. O Supremo Tribunal Federal recuperou, assim, a amplitude de sua competência (ZANETI JR., 2017, p. 67)¹⁵.

A Carta de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1 de 1969 representaram um novo retrocesso, tendo como uma de suas principais características a limitação da apreciação judicial dos atos praticados pelo Governo, então instaurado por meio do Golpe Militar (ZANETI JR., 2017, p. 71).

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 restabeleceu o Estado Democrático Constitucional e ampliou o *judicial review* (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988).

A Carta Política de 1988, na lição de Zaneti Jr., “é a junção do direito constitucional e da democracia, ou seja, um Estado de Direito no qual os direitos fundamentais individuais e coletivos exercem o papel contramajoritário e no qual a lei e os atos dos poderes públicos estão submetidos à constituição”. Nessa ordem de ideias, o autor destaca a necessidade de “aprofundar e retomar duas importantes consequências da inter-relação entre as tradições do *common law* e *civil law* que teve lugar no Brasil, a

¹⁵ Para Hermes Zaneti Jr, “O mais importante a observar, contudo é a positivação da recepção do *judicial review*. A grande inovação de 1946 constituiu-se na regra escrita da ubiquidade ou inafastabilidade da jurisdição, segundo a qual a lei não poderia afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão a direitos. Pela primeira vez na história constitucional brasileira, os órgãos do Poder Judiciário tinham por disposição expressa a possibilidade do controle judicial: ‘Artigo 141 – (...) § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Chamar-se-á essa disposição de ‘cláusula aberta do controle judicial’, por se tratar de norma que não contém uma determinação específica de suporte fático nem uma consequência jurídica expressamente prevista no texto, portanto voltada à consecução dos objetivos de controle de poder no Estado Democrático Constitucional.
(...)”

Para pontes de Miranda, essa foi a mais importante criação da Constituição de 1946: ‘a mais típica e a mais presente criação de 1946’. Mesmo que antes o intérprete pudesse depreender essa amplitude de sentido das demais normas constitucionais, sua enunciação expressa foi importante para fixar definitivamente a garantia.

Pode-se afirmar que finalmente foi consolidada a recepção cruzada da jurisprudência norte-americana sobre controle de poder” (ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3ª. ed. Salvador: JusPodium, 2017, p. 68-69).

partir da Constituição Republicana de 1891: *o controle dúplice de constitucionalidade e a unicidade de jurisdição*” (ZANETI JR., 2017, p. 72).

O Brasil possui hoje essa duplicidade de sistemas de controle de constitucionalidade das leis, sempre exercido por órgãos jurisdicionais, com o sistema de controle difuso (inspirado no modelo norte-americano) e o sistema de controle concentrado (inspirado no sistema austríaco). A “cláusula aberta do controle judicial”, conforme afirma Zaneti Jr., “foi ampliada para abranger direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) e as ameaças ao direito” (ZANETI JR., 2017, p. 72-74).

De acordo com a doutrina de Marinoni, o fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no *civil law*. Essa particularidade do sistema judicial brasileiro de o juiz de primeiro grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, ter o poder de negar a lei desconforme a Constituição, ou de dar sentido judicial à lei por meio das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais, confere um poder de ampla latitude ao juiz brasileiro, completamente distinto da tradição do *civil law* (MARINONI, 2019, p. 41-42)

A influência norte-americana também deu origem à incorporação pelo Direito brasileiro da unidade da jurisdição do sistema inglês.

Assim, a ligação entre um sistema de legalidade, característico da *civil law*, e um sistema de controle de poder, baseado na *common law* e inspirado na Constituição norte-americana, deram origem ao ordenamento com características híbridas do sistema brasileiro (ZANETI JR., 2017, p. 73).

Nessa ordem de ideias, Débora Bonat e Fabiano Hartmann Peixoto realçam a nova concepção que foi dada ao Direito brasileiro a partir da Constituição de 1988, com a atribuição do novo papel ao Poder Judiciário que, com forte poder normativo na interpretação da Lei em seus julgados, passou a poder usar como argumento a possibilidade de poder efetivar direitos fundamentais¹⁶. Para os autores essa ampliação

¹⁶ Na concepção de Bonat e Hartmann Peixoto, “Os fatores de indeterminação do direito possibilitam, pois, uma ampliação da discricionariedade judicial e uma politização das reivindicações jurídicas, o que proporciona maior destaque ao Poder Judiciário, que passa a atuar com maior liberdade na concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos, em um contexto social perverso e excludente. É nesse cenário de

do sistema de interpretação possibilitou o surgimento e a implementação do “sistema de precedentes” brasileiro, o qual entendem tratar-se mais de uma importação de instrumentos processuais do que uma verdadeira aproximação do sistema da *common law* (BONAT e HARTMANN PEIXOTO, 2020, p. 73-79).

Dando continuidade a essa tendência de influência da *common law* no Direito constitucional pátrio, a reforma do Poder Judiciário, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 – a qual introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a duração razoável do processo como princípio fundamental (art. 5º, LXXVIII, da CF) –, procurou apresentar soluções para alguns problemas relacionados à morosidade da Justiça, trazendo, entre outras novidades, uma grande mudança estrutural para o processo brasileiro, as *súmulas vinculantes* (art. 103-A, da CF).

Zaneti Jr. vê nessa inovação uma recepção dos precedentes como fonte formal de direito, acentuando que a reforma, “Ao estabelecer a possibilidade das súmulas vinculantes, abriu espaço para a consolidação da regra de direito norte-americano que já vinha, ao longo da história nacional, consolidando-se de maneira lenta e gradual: o *stare decisis*” (ZANETI JR., 2017, p. 77)¹⁷.

As primeiras súmulas do Direito brasileiro, as chamadas *súmulas da jurisprudência predominante*, foram instituídas pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de Emenda Regimental, em 1963, tendo como mentor o Ministro Victor Nunes Leal. Esses enunciados deveriam ser concebidos por meio da fixação de tese jurídica, resultado do julgamento da maioria absoluta dos membros da Corte, servindo, no entender de Cruz e Tucci, como um instrumento destinado a simplificar o trabalho do Poder Judiciário em todos os graus hierárquicos, caracterizando assim como *precedente* de uniformização de jurisprudência de eficácia persuasiva (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 243).

maiores atribuições, liberdade e responsabilidade que se situa o principal desafio do Poder Judiciário: ter uma atuação capaz de garantir a plena realização dos direitos fundamentais dos indivíduos; de conferir eficácia aos programas de ação do Estado (políticas públicas); de promover a igualdade e a inclusão social, em um contexto de crise do Estado, crise do direito e crise da justiça. E isso forma o recheio das decisões formadoras de precedentes” (BONAT, Debora; HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Racionalidade no direito: inteligência artificial e precedentes. Curitiba: Alteridade, 2020).

¹⁷ Para Zaneti Jr.: “Destarte, temos a recepção constitucional tardia dos precedentes, que exige dos juristas, na prática, uma preocupação renovada com o método (não só no cotidiano forense, mas também na teoria e no ensino jurídico) são temas que deverão fazer parte do nosso cotidiano: a *ratio decidendi*, sem a qual se torna inaplicável na prática o modelo dos precedentes; o *distinguishing*, que trata da distinção entre os casos julgados em julgamento; e as diversas formas de derrogação dos precedentes, como *overruling*, alertando para a possibilidade de superação dos precedentes anteriores pela lei e pela própria jurisprudência” (ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3ª. ed. Salvador: JusPodium. 2017, p. 78).

Já na perspectiva de Daniel Mitidiero, as súmulas foram inicialmente concebidas com o objetivo de orientar apenas os Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal a respeito do entendimento da Corte sobre determinada questão, de forma a permitir o controle da interpretação efetuada pelas instâncias ordinárias. Assim, as súmulas seriam parte de um sistema repressivo, que seria suficiente para promover a uniformidade do direito, “na medida em que a orientação dos comportamentos sociais teria a sua tônica na legislação, a qual é apenas declarada pelo órgão judicial para a solução do caso concreto”. As alterações posteriores que foram sendo feitas na legislação processual se apresentaram como formas de estimular os órgãos jurisdicionais a aderir à jurisprudência sumulada, de forma a evitar julgamentos não uniformes (MITIDIERO, 2018).

Com a instituição das súmulas vinculantes, como ressalta Mitidiero, essas súmulas “– que inicialmente tinham por função facilitar a tarefa de controle então exercida pelo Supremo Tribunal Federal e posteriormente evitar a admissão de recursos – passaram a ter uma função de determinação do conteúdo das decisões judiciais”. Ou seja, as súmulas deixaram de servir apenas como meio de controle de admissão de recursos e passaram a veicular normas não só para todo o Poder Judiciário, como também para toda a Administração Pública, adquirindo assim uma feição preventiva tendente a evitar julgamentos desconformes à jurisprudência assentada (MITIDIERO, 2018).

Para Hermes Zaneti Jr., o conteúdo das súmulas vinculantes representa “o resultado de um processo interpretativo e de aplicação de norma, são o resultado de um ou vários processos judiciais, nos quais, a partir de casos concretos, extraiu-se uma regra universalizável aplicável a casos análogos ou similares” (ZANETI JR., 2017, p. 81).

Na visão desse autor, o modelo brasileiro representa a fusão das duas grandes tradições jurídicas ocidentais e de seus conseqüentes modelos de supremacia do Direito e do advento do Estado Democrático Constitucional, marcado pelo constitucionalismo garantista, traduzindo-se em três marcos fundamentais: “o marco *histórico*, ocorrido no Brasil em dois momentos, na Constituição Republicana de 1891 e a partir de 1988, com a priorização dos direitos fundamentais; o marco *filosófico* pós-positivista, que consiste na superação, ao mesmo tempo, da lei como única fonte do direito e das diferenças radicais entre moral e direito, reconhecendo a indeterminação da norma e o papel do intérprete (distinção entre texto e norma); e, por fim, o marco *teórico* que reconhece o papel preponderante da força normativa da Constituição nos ordenamentos jurídicos e o reconhecimento dos direitos fundamentais como normas, e engloba, desde o controle de

constitucionalidade até novas técnicas de interpretação jurídica” (ZANETI JR., 2017, p. 216-217).

De todo o exposto, é possível perceber que a constitucionalização do Direito no Brasil foi uma resposta ao positivismo e à supremacia da legislação, típica da *civil law*. Esse contexto da constitucionalização, com a adoção de alguns conceitos e instrumentos próprios da *common law*, numa tentativa de concretização dos direitos fundamentais, também norteou o avanço das normas processuais infraconstitucionais brasileiras. Assim, o exame da evolução da legislação processual civil em si mostra uma tendência à busca por coerência e universalização, com a finalidade de conferir racionalidade e previsibilidade ao sistema, o que foi ao longo do tempo se instrumentalizando por meio da incorporação de algumas ideias originadas da *common law* ao Direito processual infraconstitucional, as quais passaremos a abordar.

2.2 Os “precedentes” nas normas infraconstitucionais

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, tratando da concepção contemporânea de jurisdição¹⁸, elucidam que na decisão jurisdicional há uma integração e complementação entre os planos do direito material e do direito processual, por meio da visualização do

¹⁸ Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “Diante da transformação da concepção de direito, não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acríptico. A cabal superação da suposição de que a norma jurídica é sempre anterior à interpretação – sendo o seu objeto – enterrou em termos teóricos as teorias da jurisdição como declaração da vontade concreta da lei ou como justa composição da lide.

O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe adequado sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. Isso para não falar do dever, também atribuído à jurisdição pelo constitucionalismo contemporâneo, de tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto e de superar metodicamente regras gerais que desprezam sobremaneira as particularidades do caso concreto.

Mas se o juiz, ao cumprir tais funções, fica muito longe das ideias de declaração da lei e de criação da norma individual a partir da norma geral, isso não quer dizer que passou a ter o poder de criar o direito. O juiz está sujeito às normas constitucionais e, conquanto possa conformar a lei e a legislação ou mesmo tutelar os direitos que colidem no caso concreto e excepcionalmente superar regras jurídicas, a sua atividade não implica *criação do direito*. A jurisdição no Estado Constitucional, embora não seja *descritiva* de uma norma jurídica, não é *criativa* de normas jurídicas – a jurisdição implica atividade de *reconstrução interpretativa* mediante um *processo estruturalmente guiado pela argumentação jurídica*. É uma atividade que conta necessariamente com a colaboração da Constituição e da legislação para ser legítima, não criando *ex novo* normas jurídicas” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil - V. 1 teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª Edição. 2021, p. 185-186).

direito material a partir da Constituição, trata-se, assim “de costurar os planos do processo e do direito material mediante as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais, utilizando-se especialmente o instrumento conceitual das ‘tutelas dos direitos’, e sem evidentemente negar que a jurisdição faz a integração entre as esferas material e processual” (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2021, p. 192-193).

Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso, ao tratarem da ascensão dos precedentes no Direito brasileiro, dividem o processo da valorização da jurisprudência no Brasil em três etapas: “i) o avanço do controle concentrado da constitucionalidade; ii) a valorização da jurisprudência por meio das normas infraconstitucionais que progressivamente alteraram o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973); iii) a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pelas normas integrantes da Lei n. 13.105/2015, nosso Novo Código de Processo Civil (CPC/2015)” (MELLO e BARROSO, 2016).

Com efeito, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, conforme esclarece Daniel Mitidiero, “a uniformidade do direito era buscada basicamente por técnicas repressivas, notadamente pelos recursos destinados ao controle dos erros e acertos cometidos pelos órgãos jurisdicionais no julgamento das causas”. A lei previa recursos específicos, como os “embargos de nulidade ou infringentes do julgado” para reexame de julgamento não unânime (arts. 808, II, e 833), o “recurso de revista” para exame de divergência ocorrida entre órgãos colegiados sobre o “direito em tese” (arts. 808, I, e 853) e o recurso extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal, conforme previsão constitucional, para o controle da aplicação da lei federal e da Constituição (art. 808, VI) (MITIDIERO, 2018).

O Diploma processual de 1973, por sua vez, manteve as técnicas repressivas uniformizadoras do Direito, mas também introduziu técnicas preventivas para tanto. Nesse ponto, Mitidiero dá ênfase ao incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476)¹⁹, que surgiu com a função de viabilizar um “pronunciamento prévio” a respeito da

¹⁹ “Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo” (CPC/1973).

interpretação de uma determinada questão, evitando assim a interpretação inadequada dessa questão pelo órgão encarregado de seu julgamento (MITIDIERO, 2018).

Aos poucos, o Código de 1973 foi sendo objeto de reformas que buscaram estimular cada vez mais o respeito à jurisprudência, notadamente a jurisprudência sumulada, outorgando poderes aos relatores dos recursos para realizarem julgamentos monocráticos com base em jurisprudência dominante e em súmulas do Supremo Tribunal Federal, de Tribunal Superior, ou do respectivo Tribunal (art. 557)²⁰. Também com essa finalidade foram instituídos o julgamento liminar de improcedência (art. 285-A)²¹ e as chamadas “súmulas impeditivas de recursos” (art. 518, § 1º)²², consubstanciadas na possibilidade de não recebimento de recursos de apelação quando a sentença recorrida estivesse fundada em súmula (MITIDIERO, 2018).

Assim, na vigência do Código de 1973, a jurisprudência foi adquirindo o status de “jurisprudência dominante” e incorporando funções preventivas. As súmulas também adquiriram tais funções, passando por uma paulatina transformação, convivendo na nossa ordem jurídica súmulas, súmulas impeditivas de recursos e súmulas vinculantes. Para Mitidiero, “Semelhante incorporação constitui um reflexo da evolução da teoria da interpretação: ao se admitir que o intérprete extrairia uma das soluções possíveis da norma visando a uma decisão justa, reconheceu-se que decidir não era apenas um ato lógico, mas também um ato que implica valorações axiológicas” (MITIDIERO, 2018).

Mas, de acordo com o autor, esse caráter também preventivo da jurisprudência, não mudou a tônica na legislação como guia dos comportamentos sociais, pois o

²⁰ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998).

§ 1º -A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998.)

[...]” (CPC/1973).

²¹ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

“§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação”. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

“§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso” (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006) (CPC/1973).

²² “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder”. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. (Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006) (CPC/1973).

intérprete apenas extrairia o conteúdo das normas preexistentes – “daí a proeminência das técnicas repressivas em detrimento das preventivas” (MITIDIERO, 2018).

Sidnei Beneti, em artigo acadêmico publicado em 2007, discorreu sobre a importância de uma doutrina de precedentes no Brasil apta a conferir maior estabilidade à jurisprudência dos Tribunais e uma melhor organização judiciária. Tratando do problema do excesso de litigância e destacando a imensidão dos números judiciais no Brasil assim como a dispersão jurisprudencial, Beneti destacou que, naquele momento, era patente a insuficiência dos instrumentos de unificação existentes²³ e a necessidade de criação de mecanismos aptos a uniformizar o entendimento dos tribunais “à luz da mais avançada doutrina dos precedentes” (BENETI, 2007, p. 30).

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, a constatação do legislador brasileiro de que se estava diante de um sistema que permitia a existência de várias interpretações concomitantes da Lei – o que resultava em uma situação equivalente à existência de várias leis disciplinando a mesma situação – foi o que ensejou a criação desses e outros dispositivos no Código de Processo Civil de 1973 com finalidades semelhantes, proporcionando, dessa forma, condições para uma uniformização da jurisprudência em grau socialmente desejável (WAMBIER, 2009, p. 381).

Percebe-se, assim, que, na legislação infraconstitucional, aos poucos foi se formando uma tendência de valorização da jurisprudência, a qual alguns juristas consideram uma verdadeira valorização dos “precedentes judiciais”²⁴. Normas como a Lei n. 8.038/1990 (que conferiu competência ao relator, no STF ou no STJ, para negar seguimento a pedido ou recurso que contrariasse, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo tribunal); a Lei n. 9.139/1995 (que alterou o art. 557 do

²³ Ao tratar da insuficiência dos instrumentos de unificação de jurisprudência existentes no CPC/1973, Beneti afirmou ser “Patente a insuficiência dos instrumentos de produção de jurisprudência estável, tanto os instrumentos técnicos de unificação, quanto dos falsos instrumentos de unificação tais como: (a) embargos infringentes (CPC, art. 530); (b) uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476); (c) assunção de competência (CPC, art. 555, § 1º); (d) recurso extraordinário; (e) recurso especial; (f) embargos de divergência; (g) ação rescisória (CPC, art. 485).

Se por mais não fosse, o só fato da demora no processamento desses instrumentos já levaria à constatação da insuficiência. Em verdade, produzem eles efeito contrário, pois fazem durar o processo, perdendo-se em andamentos intermediários e incidentais, que só fazem por destruir qualquer possibilidade de formação de linha interpretativa uníssona e estável” (BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, set./dez. 2007, p. 26).

²⁴ Luís Roberto Barroso acentua que “Nos últimos anos tem-se verificado a saudável tendência, no direito brasileiro, de valorização dos precedentes judiciais. A atitude geral de observância da jurisprudência é positiva por promover valores relevantes como segurança jurídica, isonomia e eficiência” (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book).

CPC/1973, estendendo aos tribunais de segundo grau a atribuição de competência ao relator para negar seguimento a recurso contrário à súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior); e a Lei n. 9.756/1998 (que alterou os arts. 544, § 3^o²⁵, e 557, *caput*, e acrescentou o art. 557, § 1.^o-A, ao CPC/1973, ampliando os poderes do relator para, além de negar seguimento a recurso, quando em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior, poder dar-lhe provimento, por decisão monocrática, se a decisão recorrida estivesse em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior), foram sendo incorporadas ao ordenamento jurídico com o objetivo, destacado por Luís Roberto Barroso, de promover valores como a segurança jurídica, isonomia e eficiência (BARROSO, 2019).

²⁵ “Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias”. (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010)

[...]

“§ 3º O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei n o 11.672, de 8 de maio de 2008.” (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010)

“§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:” (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010)

“I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada;” (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)

“II - conhecer do agravo para:” (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)

“a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso;” (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)

“b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal;” (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)

“c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal” (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010) (CPC/1973).

Nessa ordem de ideias, um destaque especial deve ser dado à Lei n. 11.418/2006, que acrescentou os arts. 543-A²⁶ e 543-B²⁷ ao CPC/1973, criando o requisito da repercussão geral na admissibilidade do Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, e à Lei n. 11.672/2008 que incluiu naquele *codex* o art. 543-C²⁸, estabelecendo

²⁶ “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

“§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

“§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

“§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

“§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

“§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

“§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

“§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006) (CPC/1973).

²⁷ “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo”. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

“§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

“§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

“§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

“§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

“§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006) (CPC/1973).

²⁸ “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo”. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

“§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.” (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

“§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.” (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

“§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.” (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

o procedimento próprio a ser observado para julgamento daquilo que se denominou “recurso repetitivo” no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, definindo regras para processamento e julgamento de recurso especial quando houvesse multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito.

Sidnei Agostinho Beneti, tratou do tema das reformas processuais sob a perspectiva da necessidade de descongestionamento dos Tribunais, com foco especial nessas duas normas mencionadas. No seu entender “A manutenção de número de processos em níveis adequados nas Cortes Superiores passa pela existência de uma consistente doutrina de precedentes no país” (BENETI, 2009, p. 510). Nesse cenário, para Beneti:

A promulgação das Leis da Reforma de Descongestionamento dos Tribunais e a edição das competentes resoluções de instrumentalização pelos Tribunais – a última das quais, no STJ, a Resolução n. 8, de 7.8.2008, da Presidência do Superior Tribunal de Justiça – provêm no sentido do ajuste do sistema processual dos tribunais superiores para a sanação de alguns pontos geradores da crise dos tribunais superiores nacionais. O Supremo Tribunal Federal já começou a sumulação vinculante, gerando fortes *leading cases*, de resto também materializados na sumulação não dita vinculante, mas cujo efeito será semelhante, do próprio Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Processos atinentes a alguns temas já foram isolados para constituírem ‘pilotos’ na formação de *leading cases*. Formam-se unidades de triagem e enfrentamento multitudinário, como o NU-PRE – Núcleo de Procedimentos Especiais da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, que pode vir a ser o embrião de unidade dotada de competência funcional para a filtragem de temas repetitivos já definitivamente julgados, firmando a jurisprudência estabilizada por

“§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.” (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

“§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.” (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

“§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.” (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

“§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:” (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

“I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou” (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

“II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça”. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

“§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.” (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

“§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo” (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008) (CPC/1973).

leading cases e acelerando o julgamento de lides sazonais (BENETI, 2009, p. 521).

Posteriormente, comentando as inovações constantes do então Projeto do Novo Código de Processo Civil, Beneti destacou o tratamento dado às demandas repetitivas como sendo o seu ponto alto, abrindo perspectivas para a melhora do sistema de justiça, mediante a redução dos casos de ‘macrolides’ a um único julgamento²⁹.

Bonat e Hartmann Peixoto também dão ênfase ao problema da “avalanche de processos jurisdicionais”, com o aumento do tempo médio de duração dos processos, resultando num verdadeiro congestionamento do Poder Judiciário, como um dos fatores que ensejou as mudanças no Direito Processual brasileiro, com a inserção de mecanismos capazes de fornecer maior convergência interpretativa para o sistema, por meio da adoção do nosso sistema de precedentes (BONAT e HARTMANN PEIXOTO, 2020, p. 80-86).

Nessa conjuntura, quase dez anos após as últimas reformas ao Código de 1973 mencionadas, ocorreu a efetiva edição do Código de Processo Civil de 2015, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, apresentando, na visão de Daniel Mitidiero, um novo quadro teórico para o Direito Processual brasileiro. O autor destaca que foram mantidas as técnicas repressivas para dar unidade ao Direito e uniformizar a sua aplicação, mas o que sobressai da sua leitura “é o dever de as Cortes Supremas outorgarem unidade ao direito a fim de que a ordem jurídica passe a ser segura e capaz

²⁹ Ao elencar os doze pontos positivos que encontrou no Projeto do Novo Código de Processo Civil, Beneti ressaltou que o “Tratamento de demandas repetitivas em primeiro grau, nos Tribunais de Justiça e Regionais Federais e nos Tribunais Superiores é ponto alto do Projeto, abrindo, realmente, perspectivas para a melhoria do sistema de justiça, mediante a redução dos casos de macrolides ao julgamento apenas uma vez, sem repetir-se, infindavelmente, no tocante a cada caso individual de litigante que tenha a sua lide individual absolutamente idêntica às demais lides dos demais litigantes; essa “macrolide” ou lide multitudinária, precisa ser resolvida, pena de se inviabilizar o sistema jurisdicional do país – podendo-se lembrar exemplos, como os casos de telefonia no Estado do Rio Grande do Sul, em que uma só empresa chega à ordem de mais de 100.000 processos, de aposentados, de pensionistas, de participantes de planos de saúde, de vencimentos de servidores públicos, de direitos de consumidores quanto a instituições de crédito ou fornecedores, de lesados ambientais e tantos outros, ressaltando-se, por eloquente, caso de que Relator no STJ o autor deste escrito, em que “macrolide” multitudinária relativa à correção monetária de depósitos em cadernetas de poupança, em decorrência de quatro passados Planos Econômicos, produziu o ajuizamento de processos individuais que se estimam em 750.000 e em torno de 1.500 ações coletivas no território nacional” (BENETI, Sidnei Agostinho. A reforma do Código de Processo Civil e os recursos para os tribunais superiores. Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 190, t.2, p. 243-250, abr./jun. 2011. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/114015>, acessado em 27/9/2021, p. 246).

de prover liberdade e igualdade de todos perante o direito (art. 926³⁰), sendo instrumento para tanto o precedente (art. 927³¹)” (MITIDIERO, 2018).

O Código, para o jurista, também deu ênfase ao dever de as Cortes de Justiça “uniformizarem a interpretação de questões relevantes (art. 947) e repetidas (arts. 976 a 987), sendo instrumento para tanto a jurisprudência”, assim como manteve e ampliou os poderes do relator para estimular a adesão aos precedentes e à jurisprudência (art. 932) (MITIDIERO, 2018)³².

Para Mitidiero, na vigência do Código de 2015:

³⁰ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (CPC/2015).

³¹ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores” (CPC/2015).

³² No entender de Mitidiero, “A proeminência de técnicas preventivas em detrimento de repressivas para outorgar unidade ao direito no Código de 2015 decorre da percepção de que a interpretação do direito não é simples declaração de uma norma preexistente ou mesmo extração do seu conteúdo normativo. Trata-se de preponderância oriunda da adoção de uma perspectiva adscritivista da interpretação: se a norma é resultado da interpretação, dada a dupla indeterminação do direito, então é imprescindível que a jurisdição colabore com a legislação a fim de que o significado do direito seja densificado, precisado e devidamente comunicado aos seus destinatários.

Se o direito é duplamente indeterminado e a sua densificação depende da interpretação que é dada pela jurisdição, então a tônica na legislação não basta para guiar os comportamentos sociais. Sendo a interpretação uma atividade adscritiva de sentido, é preciso que o direito seja visto como o produto de uma relação dinâmica e cooperativa que se estabelece entre o legislador, a doutrina e a jurisdição. Daí que a orientação de comportamentos que o direito tem o dever de oferecer tem a sua tônica deslocada – da legislação para a jurisdição. Sendo a tônica na jurisdição, naturalmente que a densificação da segurança jurídica e a promoção da liberdade e da igualdade passam a ter como referencial a interpretação que é dada pela jurisdição à Constituição e à legislação” (MITIDIERO, Daniel. Precedentes – Da Persuasão à Vinculação – 3ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. MITIDIERO, Daniel. Precedentes – Da Persuasão à Vinculação – 3ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, E-book).

É preciso distinguir entre as funções das Cortes de Justiça – exercer controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira instância e uniformizar a jurisprudência – e as funções das Cortes de Precedentes – outorgar uma interpretação prospectiva e dar unidade ao direito. É imprescindível fazê-lo a fim de que se dê uma adequada organização à administração judiciária (MITIDIERO, 2018).

Assim, o Novo Código, numa tentativa de adequação do Direito Processual Civil à realidade contemporânea, buscando dar solução aos problemas decorrentes da litigância em massa e do acúmulo de processos nos tribunais, e na busca por maior segurança jurídica, previsibilidade, isonomia e efetividade do processo, deslocou o foco da literalidade da lei para a interpretação e aplicação da lei, inaugurando um sistema de “precedentes” obrigatórios, ou vinculantes, na forma disposta nos seus arts. 926 e 927, apresentando novos mecanismos de uniformização de entendimentos nos tribunais e aperfeiçoando os já existentes, os quais passaram a ser tratados como efetivas fontes do Direito.

Contrapondo-se ao modelo processual anterior, que apresentava como vinculantes apenas as decisões oriundas do controle concentrado de constitucionalidade e as Súmulas vinculantes, o modelo inaugurado pelo novo *códex*, com o objetivo de conferir maior racionalidade ao sistema, mesmo mantendo em sua essência os princípios e diretrizes que dão a sustentação dogmática à tradição jurídica romano-germânica, trouxe ao processo civil brasileiro normas inspiradas no sistema de precedentes da *common law* impondo aos juízes e tribunais a observância das decisões que elencou no art. 927.

Mas essas novas técnicas adotadas podem ser inseridas no conceito de “precedentes judiciais” na acepção idealizada na *common law*, em especial sob a ótica da teoria dos precedentes professada por Neil MacCormick?

Na busca por uma resposta a essa pergunta, passa-se nos próximos tópicos a uma análise desse novo modelo brasileiro como um todo, buscando nele identificar os institutos fundamentais do sistema de precedentes da *common law* (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*), de modo a possibilitar uma leitura crítica específica de um dos instrumentos que o compõe – o recurso especial repetitivo – quanto à adoção de tais institutos, com foco nas diferenças de tratamento dadas aos precedentes nos países de *civil law* que MacCormick e Summers elencaram no estudo comparativo mencionado

no tópico 1.4., de forma a posteriormente compreender em que medida o “precedente” formado no recurso especial repetitivo apresenta tais deficiências.

2.3 Elementos estruturantes dos precedentes judiciais: *ratio decidendi* e *obiter dicta*

Como vimos, MacCormick adota uma teoria relativamente estrita ou formalista de precedentes. Para ele, os precedentes – que devem ser observados por questões de justiça, de imparcialidade e de economia de esforço argumentativo – são fonte formal do Direito. Assim, as decisões tomadas em uma disputa jurídica para se tornarem aptas a servir de modelo orientador para decisões posteriores devem ser sólidas e justificáveis e amparadas em uma regra firme e determinada, entendida como a *ratio decidendi* da decisão.

MacCormick vê ainda a universalização como algo essencial à justificação na argumentação, mas essa universalização não impõe que um futuro caso semelhante seja decidido de forma idêntica, pois as particularidades do caso concreto devem sempre ser consideradas para se escolher a decisão mais adequada. Os argumentos utilizados no julgamento a partir de precedentes devem ser buscados dentro do sistema jurídico, dando melhor sentido ao texto em seu contexto.

Na visão do jusfilósofo, a essência do precedente está na *ratio decidendi* da decisão. Assim, em qualquer sistema jurídico que adote, em maior ou menor grau de vinculação, os precedentes judiciais é a *ratio decidendi* a regra ou o princípio que empresta autoridade à decisão ou que fornece o elemento persuasivo forte de um precedente³³ (MACCORMICK, 2008, p. 193).

³³ Na visão de MacCormick: “Em qualquer sistema jurídico que registre os textos dos precedentes, pode-se esperar por alguma doutrina sobre o modo de conceber e usar os precedentes como fontes argumentativas. Diferentes doutrinas do precedente podem prevalecer em diferentes sistemas jurídicos ou em diferentes épocas. Por exemplo, uma doutrina do precedente estritamente vinculante pode prescrever que cada decisão de cada tribunal vincula estritamente qualquer outro tribunal de nível semelhante ou inferior na hierarquia dos tribunais. Uma doutrina do precedente persuasivo vai prescrever que tribunais atribuam peso persuasivo maior ou menor para linhas decisórias de tribunais de nível semelhante ou superiores”.

Para que sejam plenamente entendidas, essas doutrinas precisam indicar de alguma forma os elementos do precedente que devem ser vinculantes (se é que algum deve ser) ou persuasivos, no grau mais elevado de persuasividade permitido. Muitos dos sistemas jurídicos contemporâneos do *common law* ou sistemas mistos, como o da Escócia, possuem doutrinas mistas do precedente vinculante e persuasivo - todos os precedentes sendo persuasivos num dado nível de hierarquia, mas vinculantes para cortes inferiores. Por isso mesmo, a identificação do elemento vinculante ou especificamente persuasivo é uma questão importante” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 193).

MacCormick reconhece o caráter controverso do conceito de *ratio decidendi* para qualquer doutrina de precedentes, e a define como a:

[...] regra ou princípio para o qual um dado precedente empresta autoridade seja esta regra ou princípio tratado como vinculante ou como persuasivo em maior ou menor grau em relação às decisões posteriores de questões semelhantes. Supõe-se, obviamente, que foi essa mesma regra ou princípio que, de alguma maneira, guiou ou fundamentou a decisão da qual a *ratio decidendi* foi extraída. Enquanto *ratio decidendi*, essa regra ou princípio pode ser contrastada com as *obiter dicta* da decisão judicial (MACCORMICK, 2008, p. 193-194).

O jurista escocês afirma ainda ser a *ratio* “a solução cuidadosamente produzida após ampla argumentação sobre o ponto que precisa ser solucionado, e que é suficiente – e não mais do que suficiente – para decidir tal questão concreta” e distingue a *ratio decidendi* das *obiter dicta*, as quais, para ele, “incluem as discussões judiciais sobre os valores inerentes do Direito, seu sopesamento de princípios e suas tentativas de formular os princípios jurídicos menos explícitos”. Nesse contexto, as *obiter dicta* embora não sejam vinculantes, também não devem ser desconsideradas. MacCormick ressalta que “muitas discussões jurídicas dizem respeito a questões como essa, e a falta de força estritamente vinculante em tais *dicta* é irrelevante para seu valor mais amplo como elemento do discurso jurídico” (MACCORMICK, 2008, p. 211).

Assim em linhas gerais, a teoria do precedente judicial de MacCormick está fundada na observância da *ratio decidendi* de decisões anteriores – daquilo que a corte afirmar ser a interpretação correta da lei (MACCORMICK, 2008, p. 209) – para se tomar a decisão em um caso posterior.

O conceito de *ratio decidendi* ou *holding* é uma das questões mais controvertidas na doutrina da *common law*. Embora, de forma geral, a *ratio* possa ser entendida como a “a regra de direito que foi posta como fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso”, sendo que *obiter dictum*, por critério residual, seriam “todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem, todavia, parte integrante do fundamento jurídico da decisão” (TARUFFO, 2011, p. 4), a sua definição específica e a forma de sua identificação no texto da decisão que forma o precedente judicial são motivos de intenso debate.

Registre-se que o limite desta investigação não permite uma abordagem aprofundada da polêmica existente sobre o tema. Adotamos aqui a teoria dos precedentes de MacCormick, razão pela qual o conceito por ele dado à *ratio decidendi* será o ponto de partida da análise a ser feita.

O Código de Processo Civil de 2015, ao tratar da necessidade de fundamentação de qualquer decisão judicial, traz em seu texto a ideia de *ratio decidendi*, ao dispor que a decisão não será considerada fundamentada quando “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (art. 489, § 1º, V, do CPC).

Para Luís Roberto Barroso, *ratio decidendi* ou *holding* é a parte vinculante da decisão, consubstanciada na descrição do entendimento firmado pela Corte como premissa necessária à decisão do caso concreto, determinada tendo por base os fatos relevantes do caso, a questão jurídica que ele colocou e os fundamentos comuns eleitos pela maioria dos julgadores para decidir. Por sua vez, *obiter dictum* seriam as considerações que, embora decisivas para o caso, não foram decididas pela maioria, ou as questões que apesar de terem sido decididas, não eram necessárias para a solução do caso concreto³⁴ (BARROSO, 2019).

Hemes Zaneti Jr., na teoria normativa que propõe, admite a existência de um sistema de precedentes judiciais no direito contemporâneo brasileiro e aponta a *ratio decidendi* como sendo “a solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete

³⁴ Segundo a doutrina de Barroso: “A *ratio decidendi* ou *holding* corresponde a uma descrição do entendimento firmado pela corte como uma premissa necessária à decisão do caso em exame. Trata-se da resposta dada pelo juízo à questão jurídica posta pelo caso. A *ratio decidendi* constitui uma das noções mais importantes para a operação com precedentes vinculantes porque equivale justamente à parte da decisão que vinculará a decisão de novos casos semelhantes. Para que um entendimento seja considerado uma *ratio decidendi*, dois requisitos essenciais precisam ser preenchidos: (i) a maioria da Corte precisa ter concordado a respeito do fundamento jurídico que serve de base à decisão e (ii) o entendimento firmado precisa ser necessário à decisão do caso em exame. Nessa linha, a *ratio decidendi* será determinada tendo por base os fatos relevantes do caso concreto, a questão jurídica que ele colocou e os fundamentos utilizados pela maioria para decidir”, por sua vez, “*obiter dictum*, no singular, ou os *obiter dicta*, no plural, correspondem: (i) a toda e qualquer consideração que, ainda que pudesse ser necessária para a solução do caso, não foi enfrentada ou aprovada pela maioria, ou, ainda, (ii) a qualquer questão que não precisava ser solucionada para decidir o caso concreto, mesmo que tenha sido examinada por todos os membros da Corte. Quando uma manifestação da Corte configura um *dictum*, ela não vincula os demais juízos. Pode se prestar a antecipar um entendimento futuro, a sinalizar uma mudança de posição, serve de base à argumentação das partes e de suporte às decisões judiciais em matérias sobre as quais ainda não há precedente vinculante, mas não tem de ser obrigatoriamente observada” (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019, Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580286>).

a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts* somados a solução jurídica dada para o caso) com o caso atual” (ZANETI JR., 2017 p. 329-331).

Luiz Guilherme Marinoni, também sob a ótica de que o ordenamento brasileiro adotou um sistema de precedentes obrigatórios, se reporta à doutrina da *common law* discorrendo sobre as principais definições da *ratio* de uma decisão.

O autor dá destaque aos métodos de identificação da *ratio* propostos por Wambaugh, para quem, nas palavras de Marinoni, “a *ratio decidendi* é uma regra geral que, caso ausente, impõe a decisão do caso de outra forma” (MARINONI, 2019, p. 159), e por Arthur Goodhart – que exige a individualização dos fatos do caso de forma a definir quais desses fatos o juiz considerou como fundamentais (ou materiais) para decidir³⁵ –, para expressar o entendimento de que, embora os fatos tenham ganhado importância na *civil law* contemporânea, diante do constitucionalismo e da técnica legislativa das cláusulas gerais³⁶, o sistema aqui adotado, apresenta particularidades que fazem com que, ao contrário dos sistemas da *common law*, a *ratio decidendi* tenha como premissa a solução de questões, e não simplesmente de casos, e, assim, define a *ratio decidendi* para o direito brasileiro como os “motivos determinantes” passíveis de serem isolados na fundamentação de uma decisão (MARINONI, 2019, p. 205), ou seja, confere-se no Direito brasileiro a autoridade de *ratio* “às razões suficientes à solução de questões que não se ligam necessariamente à decisão que é dada ao caso” (MARINONI, 2019, p. 173).

Debora Bonat e Fabiano Hartmann Peixoto, por sua vez, veem a *ratio decidendi* como uma conexão entre os fatos selecionados pelo juiz e o Direito utilizado para construir o texto decisório. Os autores explicam que no sistema processual brasileiro,

35 Para Arthur Goodhart, a *ratio* seria constituída dos fatos que o magistrado considerou como fatos materiais do caso, vistos em conjunto com a decisão do juiz com base nesses fatos. Essa concepção da *ratio decidendi* vincula a doutrina do precedente ao princípio de que casos semelhantes sejam tratados da mesma maneira (*treat like cases alike*), ou seja, qualquer juiz ou tribunal vinculado ao precedente deverá chegar à mesma conclusão alcançada em um caso anterior, a menos que no caso posterior encontre um fato relevante diverso. Para Goodhart: “[...] The first and most essential step in the determination of the principle of a case is, therefore, to ascertain the material facts on which the judge has based his conclusion. [...] Having established the material and the immaterial facts of the case as seen by the court, we can then proceed to state the principle of the case. It is to be found in the conclusion reached by the judge on the basis of the material facts and on the exclusion of the immaterial ones” (GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. Yale Law Journal. Vol. XL, No. 2. Dec., 1930, p. 169-179).

36 Segundo Marinoni: “É interessante perceber que a nova dimensão de poder atribuída ao juiz de *civil law*, em razão do constitucionalismo e da técnica legislativa das cláusulas gerais, tem repercussão sobre a dignidade dos fatos em nosso sistema. Como o princípio não se limita a emoldurar fatos e atribuir-lhes consequência jurídica, tendo textura mais aberta e escopo mais generalizado, a racionalização da sua adoção exige a detida identificação das particularidades fáticas do caso concreto” (MARINONI, Luiz Guilherme, Precedentes obrigatórios, 6ª Edição, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 181).

tradicionalmente, a aplicação do direito ao caso concreto se dá pelo método de subsunção à normas gerais e abstratas, ao contrário do que ocorre na *common law*, onde se busca na identificação de fatos semelhantes, a fundamentação dada pelo magistrado anterior para embasar a decisão atual (BONAT e HARTMANN PEIXOTO, 2020, p. 90-93). Fazendo referência à doutrina de Neil Duxbury, os autores destacam que:

Segundo Neil Duxbury (*The nature and authority of precedents*, 2008), a regra do *like cases be treated alike* decorre da escolha, em determinado caso concreto, dos fatos relevantes para a tomada de decisão. Isso porque as decisões posteriores deverão conseguir enxergar os mesmos fatos para a criação do precedente. A decisão será rejeitada, contudo, caso o juiz não identifique, no caso sucessivo, fato relevante distintivo da situação anterior. Assim, há dois pontos cruciais nesse pensamento: a importância da escolha dos fatos relevantes para a construção da decisão e a decisão ser aceita pelos demais magistrados como fonte do direito a ser aplicada como precedente. Note-se que, nos termos da *common law*, o precedente só se forma quando o juiz sucessor aplica a decisão anterior (BONAT e HARTMANN PEIXOTO, 2020, p. 93).

No entender de Aurélio Viana e Dierle Nunes, as técnicas de extração e argumentação sobre a *ratio decidendi* na *common law* “são ínsitas ao próprio sistema jurídico e fazem parte da cultura jurídica há séculos”, sendo que a lógica basilar do seu funcionamento sempre foi rigorosamente argumentativa, a partir da comparação e da analogia entre os casos. Para os autores, a dinâmica na *civil law*, é diferente, pois não há análise detalhada ou discussão profunda sobre as questões dos casos anteriores, seja do ponto de vista legal ou factual (VIANA e NUNES, 2018, p. 378-379).

Nesse contexto, vale lembrar alguns dos pontos sublinhados por MacCormick e Summers na conclusão do estudo comparativo da interpretação de precedentes nos sistemas da *common law* e da *civil law*, que realizaram (MACCORMICK e SUMMERS, 1979), quais sejam: (i) a falta de restrição, nos sistemas da *civil law*, do elemento vinculativo do precedente a uma decisão sobre uma questão de direito considerada à luz dos fatos materiais do caso, uma vez que os precedentes da *civil law* são concebidos como regras abstratas ou princípios de direito extraídos da interpretação de um código ou de uma lei escrita; e (ii) a falta de diferenciação entre o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum* nesses sistemas. Para os autores a desnecessidade de consideração explícita dos fatos materiais do caso para a aplicação do precedente, retira a força normativa dos precedentes da *civil law*.

O modelo brasileiro exige a identificação dos fundamentos determinantes do precedente e a demonstração de que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, mas, de fato, não há uma previsão relacionada à necessidade de se fazer uma correlação entre os fatos fundamentais da causa e os do precedente aplicado, de modo que o elemento em que se funda a teoria dos precedentes de MacCormick, a *ratio decidendi* não tem no Direito brasileiro a mesma acepção que se extrai da doutrina do jusfilósofo escocês.

Nada obstante, é importante observar que se trata um modelo recém-inaugurado que vem sendo objeto de constantes mudanças e adaptações. No exame específico que será feito sobre o recurso especial repetitivo será possível verificar se, na prática, essa acepção da *ratio decidendi* da *common law* vem ganhando importância no Direito brasileiro.

2.4 Exceções à regra de vinculação dos precedentes: *distinguishing* e *overruling*

MacCormick reconhece que o juiz deve e pode usar de “um certo relativismo, uma abertura, um caráter provisório e uma disponibilidade” para revisar suas decisões, mas, mesmo onde os precedentes são tratados como persuasivos e não absolutamente vinculantes, deve existir uma forte presunção contra desvios ou mudanças do que já foi decidido (MACCORMICK, 2008, p. 199).

O jurista escocês destaca que a consistência no decorrer do tempo e entre decisões importa para o Direito e importa para a justiça. Ainda assim, permitir que uma solução presente seja revista no futuro não pode ser considerado o mesmo que supor que essa solução não possa existir como um precedente (MACCORMICK, 2008, p. 208).

No entender de MacCormick, a ideia de *defeasibility* (reversibilidade) se aplica à própria argumentação jurídica e afeta a questão da universalizabilidade de pleitos, defesas e decisões jurídicas. Se reportando ao também jusfilósofo Herbert Hart, para quem “uma regra que termina com a palavra ‘exceto...’ é ainda uma regra”, MacCormick defende que tudo o que pode ser pleiteado também pode ser refutado, juízes devem lidar com os pontos levantados pelas partes e fornecer alguma fundamentação, ainda que implícita, para embasar sua conclusão, deixando claro o motivo da decisão. Nesse contexto, podem surgir algumas circunstâncias em que a decisão mais cuidadosamente construída e a mais

elegante justificação se mostram ineptas e exijam uma reformulação ou uma nova e talvez radical exceção (MACCORMICK, 2008, p. 327-328).

Para MacCormick não é a lei nem o precedente que são excepcionáveis (*defeasible*), o que é excepcionado (*defeated*), à luz do princípio, é um pleito baseado numa formulação ou interpretação particular da regra (MACCORMICK, 2008, p. 327). Vale recordar que, para o jurista, o precedente é, em sua essência, aquilo que a corte afirma ser a interpretação correta da lei (MACCORMICK, 2008, p. 209).

MacCormick e Summers salientam que a elaboração da norma por meio de precedentes é um processo normalmente lento e evolutivo. Pequenos ajustes são feitos caso a caso, diante das particularidades encontradas, trazendo aí a ideia de distinção (*distinguishing*), e reconhecem a possibilidade superação (*overruling*) pelas Cortes superiores, quando os erros são encontrados. Salientam os autores que atualmente essas cortes têm sido inclusive encorajadas a corrigir os seus próprios equívocos³⁷.

O professor italiano Michele Taruffo, ao tratar da força e, mais especificamente, da eficácia do precedente, também fala em *defeasibility*, ressaltando que, inclusive na *common law*, não é apropriado dizer que haja uma verdadeira e própria obrigação de o segundo juiz acompanhar o precedente. Explica o autor que, mesmo no sistema o inglês, onde o precedente parece ter maior eficácia, existem sofisticadas técnicas argumentativas, entre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, que permitem aos juízes não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir. Já o sistema norte-americano, de acordo com o jurista, apresenta um grau de eficácia notadamente menor que o do inglês, possuindo os juízes um alto grau de discricionariedade, podendo, ao se depararem com um caso que entendem merecer uma solução diferente, deixar de aplicar o precedente, muito embora, nesses casos, a atitude mais comum seja o juiz explicitar o motivo para deixar de aplicar o entendimento anterior³⁸ (TARUFFO, 2011, p. 4).

³⁷ Para MacCormick e Summers: “The elaboration of law through precedent is usually a slower, more evolutionary business, in which by an incremental process small adjustments are made case by case, usually never more than necessary for solving the problem in each case, always correctable in the light of experience through overruling of discovered mistakes by highest-level appeal courts, nowadays universally empowered to correct also their own prior errors. The method of statute requires the use of reason to work out a large plan in advance; the method of precedent applies critical intelligence to reasoning out the best new decision in light of the prior ones, in light of what is special about the case at hand, and in light of the need to maintain a coherently principled body of law” (MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert S. Interpreting Precedents. A comparative Study. Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 4).

³⁸ Conforme explica Michele Taruffo: “De um lado, não é apropriado dizer que o precedente da *common law* é vinculante, no sentido de que derive uma verdadeira e própria obrigação do segundo juiz de acompanhar o precedente. É notório que, mesmo no sistema inglês, que parece ser aquele em que o

Por sua vez, nos ordenamentos de *civil law*, na visão de Taruffo, o grau de força atribuído ao precedente é ainda menor, não obstante seja possível admitir a existência de precedentes respeitáveis e persuasivos a serem impostos aos juízes sucessivos, para os quais é deixado um espaço para possível divergência, condicionado à indicação de razões adequadas que justifiquem a adoção de uma regra de juízo diversa (TARUFFO, 2011, p. 4).

René David também enfatiza a rigidez da regra do *stare decisis* na Inglaterra e vê, no sistema norte-americano, uma regra semelhante, mas de menor rigor, diante de uma importante limitação que encontra. Para o autor, a falta de vinculação às suas próprias decisões, tanto no Supremo Tribunal dos Estados Unidos – pela maneira flexível como esta corte concebe a interpretação da Constituição –, quanto nos Supremos Tribunais estaduais daquele país – que sofrem a pressão da opinião de juristas e procuram alinhar o Direito de um Estado com a corrente dominante prevalecente em outros Estados –, resulta em não raras mudanças na jurisprudência norte-americana (DAVID, 2002, P. 489-492).

No direito brasileiro, é também no § 1º do art. 489 – o qual, como afirmado no tópico anterior, trata da necessidade de fundamentação das decisões judiciais –, que o novo Código de Processo Civil dispõe sobre possibilidade de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) de um precedente, ao prever que não será considerada fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 489, § 1º, VI do CPC).

Aurélio Viana e Dierle Nunes destacam que as técnicas de distinção e de superação se inserem num campo relacionado à noção de *stare decisis*, isto é, na

precedente é dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas entre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, a fim de não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir. Permanece, portanto, verdadeiro que naquele ordenamento o precedente é dotado de uma força considerável, vez que se espera que, em linha de princípio, o juiz sucessivo o siga – como de fato geralmente acontece –, mas esta força é sempre reversível, revogável, anulável, *defeasible*, porque o segundo juiz pode desatender o precedente, quando considerar oportuno fazê-lo, a fim de formular uma solução mais justa para o caso que deve decidir. No sistema americano, então, a força do precedente existe, mas em um menor grau: os juízes americanos aplicam os precedentes com grande discricionariedade, isto é – por assim dizer – quando não encontram razões suficientes para não o fazer. O *stare decisis* continua a existir, portanto, e então os juízes geralmente explicam porque não pretendem seguir o precedente: parece claro, no entanto, que o precedente tem eficácia apenas quando o segundo juiz o compartilha. Caso contrário, o precedente vem *overruled*” (TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo. Vol. 199. Setembro, 2011, p. 4).

necessidade de que as decisões tomadas no passado sejam preservadas (VIANA e NUNES, 2018, 374).

A doutrina do *stare decisis* – oriunda do brocardo latino *stare decisis et non quieta movere* (respeitar o que foi decidido e não alterar o que está estabelecido) está ligada à ideia da eficácia vinculante dos precedentes. O *stare decisis* encontra sustentação na igualdade, na coerência do Direito e na segurança jurídica, segundo Marinoni (MARINONI, 2019, p.7), e apresenta a concepção de que o respeito aos precedentes – ou seja, a observância do que foi previamente decidido, quando a causa subsequente apresentar os mesmos fatos fundamentais da causa anterior –, é o que traz coerência ao sistema judicial (*treat like cases alike*).

Ao discorrerem sobre a ideia de racionalidade advinda da doutrina do *stare decisis*, Estefânia Barboza e William Pugliese explicam que o respeito às decisões é o que garante estabilidade e uniformidade ao Direito na *common law* (BARBOSA e PUGLIESE, 2018, p. 410). De acordo com os autores, os precedentes têm caráter coercitivo, em que pese não existir uma sanção jurídica a respeito, porquê as normas que regem a aplicação de precedentes na *common law* estão relacionadas à prudência: “os juízes as aplicam para que o sistema de *case-law* seja mantido e não por medo de serem punidos em caso de não se submeterem aos precedentes” (BARBOSA e PUGLIESE, 2018, p. 417).

O raciocínio jurídico no julgamento por meio de precedentes, como visto, é feito a partir da identificação da *ratio decidendi* do caso anterior, diante dos fatos fundamentais da causa, buscando compreender se a solução jurídica dada ao precedente deve ser também utilizada no caso subsequente.

Nesse contexto, o *stare decisis* se manifesta no âmbito vertical como uma imposição de que os juízes e os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores ao se depararem com casos que apresentem os mesmos fatos fundamentais, ou justifiquem o seu distanciamento deles, por meio da distinção (*distinguishing*) do caso posterior, ou seja, dando solução diferente aos casos que apresentem fatos diferentes. Há, assim, uma ideia de coercibilidade para garantir a uniformidade e a segurança jurídica. No sistema de precedentes judiciais vinculantes, a princípio, o juiz subsequente não segue a decisão anterior porque é correta, ele segue porque deve seguir.

No âmbito horizontal, o *stare decisis* se refere à necessidade de a corte seguir seus próprios precedentes, podendo, sempre que não houver a coincidência dos fatos fundamentais, fazer a distinção, e, eventualmente, em situações excepcionais, superá-los de forma fundamentada (*overruling*).

Neil Duxbury reconhece a possibilidade de um tribunal se distanciar de um precedente ao perceber a inadequação desse entendimento, diante das condições ou convenções sociais modernas ou da errônea interpretação de uma norma, sendo a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*), os dois principais instrumentos de que o juiz dispõe para, de maneira justificada, deixar de seguir um precedente. Duxbury destaca, no entanto, a dificuldade que existe em se compreender como a doutrina do *stare decisis* no âmbito horizontal pode se compatibilizar com a possibilidade de o tribunal legitimamente declarar a invalidade de seus precedentes por meio da superação (*overruling*)³⁹. O jurista, se reportando a Frederick Schauer⁴⁰, dá ainda destaque à carga argumentativa maior que é imposta ao juiz que decidir, de alguma forma, deixar de seguir o precedente.

Para Duxbury, “a distinção entre casos é, em algum nível, sempre possível, mas as *rationes* formuladas de forma ampla estão mais sujeitas à distinção do que aquelas que

³⁹ De acordo com Duxbury: “A court which wishes to circumvent a precedent will probably have a host of techniques at its disposal – the earlier decision might be considered unclear in its scope, inappropriate to modern social conditions or conventions, premised on a misinterpretation of a statute or on a wrongheaded reading of still earlier case-law, unreliable in the light of judicial pronouncements in subsequent case-law and so forth. The main two ways in which courts avoid following a precedent are – to use the terminology of the English common law – (1) distinguishing it and (2) overruling it. Both actions require that judges explain themselves, as it were, though the activity of distinguishing permits of a fairly obvious (if simplistic) explanation: the earlier decision was not followed because its facts are distinct – materially different – from those in the case to be decided. Overruling, by contrast, is a bolder and more controversial action. If courts could overrule precedents whenever and for whatever reasons they liked, the doctrine of *stare decisis* would simply not exist; and so it seems safe to say from the outset that overruling cannot be a license for judges to do whatever they wish. But the fact that courts often have some power to overrule has proved particularly troubling for many jurists. For what is the limit to this power? From where, furthermore, does it derive? The answer to this second question is usually that it derives from the courts themselves. We have seen that some jurists within the English tradition struggled immensely with the questions of how to define and discover the *ratio decidendi* of a case. But this struggle was nothing as compared with the inability of others among their number to comprehend how a court that is supposed to be bound by its own precedents could legitimately declare that its precedents no longer always bind.” (DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge University Printing House, 2008, p. 109-110).

⁴⁰ Para Schauer, em tradução livre, “seja o fundamento articulado caracterizado como *holding* ou *dictum* não há como se prevenir que um intérprete subsequente faça uma recharacterização desse fundamento, mas esse novo intérprete deve, pelo menos, enfrentar uma carga argumentativa maior, o que não ocorrerá sem a apresentação de fundamentos articulados”. Confira-se o texto original: “Whether the characterizing language is treated as *holding* or *dictum*, that language cannot absolutely prevent a subsequent interpreter from recharacterizing the first case. But that interpreter must at least confront an argumentative burden not present without an articulated characterization” (SCHAUER, Frederick. Precedent. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, p. 572, fev.1987. Disponível em: < <https://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 13/10/2021).

apresentam uma gama de aplicação mais estrita” (DUXBURY, 2018, p. 113, tradução livre)⁴¹. Além disso, “na maioria dos casos, o ato de distinguir não retira a autoridade do precedente, pois a corte não está reconhecendo a má interpretação da lei e sim a inaplicabilidade da boa interpretação anterior” (DUXBURY, 2018, p. 113-114, tradução livre)⁴².

Duxbury acredita que a possibilidade de superação não inviabiliza, por si, o *stare decisis*. Conforme explica o jurista, em um sistema em que o respeito ao precedente é tido como regra, a superação pode se tornar uma ferramenta importante nas hipóteses em que os tribunais exercerem a discricionariedade de forma inadequada, possibilitando ao tribunal a negativa do precedente a fim de respeitar a própria lei⁴³.

Duxbury acentua, no entanto, que nos sistemas da *common law*, o *stare decisis* não advém de uma imposição legal ou constitucional, mas de uma regra que os tribunais impõem a si próprios. Assim, quando o juiz supera um precedente (*overrule*), ele está deixando de aplicar a norma estabelecida, mesmo diante dos mesmos fatos materiais, por entender que um novo entendimento deve ser adotado ao invés daquele firmado. Nesses casos, as razões precisam ser especialmente sérias ou fortes. A forma mais comum de se superar um precedente se dá nos casos em que um tribunal superior revê um precedente equivocadamente criado por um tribunal inferior. Mas, quando se trata de uma mudança pela própria corte ou entre tribunais de mesmo nível hierárquico, a questão fica mais delicada. Nesses casos, a corte dotada de poder de superar o entendimento firmado deverá se convencer que o precedente contestado está claramente errado e de que existe um

⁴¹ Ainda, conforme o entendimento de Duxbury, “[...] distinguishing is always possible at one or another level, though rationes which are broadly formulated are likely to be less easily distinguishable than those which have a narrower range of application” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Printing House, 2008, p. 113).

⁴² Para Duxbury, “In the most routine instances, the activity of distinguishing leaves the authority of precedent undisturbed, for a court is declaring an earlier decision not to be bad law, but to be good but inapplicable law” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Printing House, 2008, p. 113-114).

⁴³ No entendimento de Duxbury: “Whereas distinguishing, we saw, can be understood as a form of amending, overruling is a form of repealing – substituting one ruling for another – and so, not surprisingly, is often conceived to be a more radical judicial initiative. But this does not mean that overruling must undermine *stare decisis*. If precedent following is valued as a means of curbing arbitrary and facilitating properly constrained judicial discretion, overruling might sometimes be considered an important remedial option where courts have exercised discretion inappropriately. To put the point somewhat crudely, overruling might be understood as a method by which a court negates a precedent in order to uphold the law” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Printing House, 2008, p. 113-114).

motivo forte o suficiente para superá-lo, considerando as circunstâncias envolvidas (DUXBURY, 2018, p. 116-119).

No Brasil, Luís Roberto Barroso defende que a lógica de um sistema de precedentes vinculantes está em decidir casos iguais de forma semelhante e casos diferentes de forma diferente. Assim, faltando o requisito da identidade entre os casos e se essa diferença ensejar a discussão de uma questão jurídica distinta, a *ratio decidendi* ou a tese que serviu de base à decisão do primeiro caso não terá observância obrigatória para solucionar o segundo. É necessário, assim, fazer uma comparação entre: “(i) os fatos relevantes e (ii) as questões jurídicas que cada qual coloca, bem como avaliar (iii) se a *ratio decidendi* que serviu de base à decisão anterior responde adequadamente a todas as questões postas pelo novo caso. Se a resposta for negativa, o julgador não estará obrigado a aplicar o precedente, desde que obviamente o faça fundamentadamente” (BARROSO, 2019).

Viana e Nunes, por sua vez, explicam que “Se a analogia constitui importante método de aplicação do precedente e se dá pela conclusão de existirem certos pontos de aproximação entre o caso passado e o presente, o *distinguishing* se dá ao inverso, já que corresponde a uma contra-analogia, na qual se identificam padrões de distanciamento entre o caso passado e o presente” (VIANA e NUNES, 2018, p. 383).

Na mesma linha, Arenhart e Pereira destacam que a força dos precedentes advém da existência de elementos (fatos relevantes) que revelem que duas situações são semelhantes o suficiente, a ponto de importar o mesmo raciocínio na interpretação e na aplicação do Direito. Se, porém, houver no novo caso fatos relevantes substancialmente diferentes, então as razões da decisão anterior tornam-se inaplicáveis, podendo o magistrado decidir de outra maneira (ARENHART e PEREIRA, 2019, p. 25).

Para Humberto Ávila, os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária. No entender do jurista, a vinculação aos precedentes judiciais está fundamentada no princípio da igualdade do qual se deduz o princípio da coerência temporal. Por isso, “onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação”. No entender do jurista, o Poder Judiciário, embora vinculado aos seus precedentes, pode mudar de orientação, desde que o faça de maneira estruturada ou suave (ÁVILA, 2011, p. 463).

Alexandre Freitas Câmara, ao tratar da superação dos padrões decisórios dotados de eficácia formalmente vinculante no direito brasileiro, acentua que essa possibilidade vem expressa no próprio texto do Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 927, §§ 2º a 4º⁴⁴, quanto à modificação dos entendimentos estabelecidos em casos repetitivos, e 947, § 3º⁴⁵, 985, II⁴⁶, que tratam da possibilidade de “revisão de tese” do entendimento firmado em incidente de assunção de competência e em incidente de resolução de demanda repetitiva, respectivamente. Câmara ressalta que também os padrões decisórios formados no exercício do controle concentrado de constitucionalidade e em Súmulas vinculantes podem ser superados, pois, de acordo com o § 2º⁴⁷ do art. 102 da Constituição Federal, as decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, estando assim o próprio STF legitimado a superar tais decisões. De igual modo, o art.

⁴⁴ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (CPC/2015).

⁴⁵ “Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

[...]

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese” (CPC/2015).

⁴⁶ “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986” (CPC/2015).

⁴⁷ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (CF/1988).

103-A⁴⁸ da Constituição da República estabelece a possibilidade de revisão ou cancelamento das Súmulas vinculantes (CÂMARA, 2017, 301-308).

Câmara observa que, nos termos do art. 489, § 1º, VI, do CPC, o ordenamento processual brasileiro “manifestamente repudia afastamentos (ou superações) tácitos ou implícitos” de padrões decisórios vinculantes (*implied overruling*), assim, a decisão judicial que contrariar algum padrão decisório estabelecido pelo próprio tribunal ou por tribunal superior deverá necessariamente “dialogar” com o precedente (CÂMARA, 2017, p. 333).

Em relação à possibilidade de superação do precedente no Direito brasileiro, um outro aspecto importante a ser ressaltado é o da eficácia temporal da superação, a qual, em regra, é retroativa, sendo possível a superação prospectiva por meio da modulação dos efeitos da decisão.

Didier, Braga e Oliveira, ao tratarem da técnica de modulação, afirmam que, “se a alteração jurisprudencial puder afetar a estabilidade das relações jurídicas formadas e construídas sob a égide de um velho posicionamento (princípio da segurança jurídica), é perfeitamente possível que o tribunal adote para o caso concreto, bem assim para aqueles pendentes de julgamento que se relacionem a fatos pretéritos, o entendimento já consolidado, anunciando, porém, para as situações vindouras a mudança paradigmática” (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2021, p. 634).

Assim, diante das considerações feitas, é possível observar que o *distinguishing* decorre da própria aplicação do precedente – se os fatos fundamentais são os mesmos, o precedente deve ser seguido, caso contrário, faz-se a distinção pois a *ratio decidendi* do caso anterior não se aplica ao caso presente. O *overruling*, por sua vez, é o distanciamento do entendimento firmado no precedente, com a adoção de uma nova orientação mesmo se estando diante dos mesmos fatos fundamentais, o que só deve ocorrer em situações excepcionais e de forma justificada.

MacCormick e Summers, no estudo comparativo que coordenaram, apresentaram como uma das hipóteses que serviram de guia aos pesquisadores o fato de que “os

⁴⁸ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006) (CF/1988).

precedentes podem às vezes sofrer distinção ou serem superados, sendo que cada sistema jurídico pode abordar isso de forma distinta”⁴⁹ (MACCORMICK e SUMMERS, 1997, tradução livre). Nesse contexto, os autores, por intermédio das perguntas que formularam para embasar a pesquisa, deram particular ênfase a alguns pontos que deveriam ser abordados pelos pesquisadores de cada um dos sistemas estudados, sendo destacada, quanto à hipótese descrita, a investigação dos fundamentos e técnicas que cada sistema utiliza para deixar de seguir o elemento de autoridade de um precedente, por meio de superação ou distinção nos casos posteriores⁵⁰.

A análise final das conclusões apresentadas pelos pesquisadores revelou que a falta de uma metodologia para se fazer a distinção em relação aos precedentes firmados nos países da *civil law* – talvez em função da ausência do caráter formalmente vinculante ou da falta de força normativa dos precedentes nesses países –, levam à possibilidade de superação tácita ou outro de tipo de desvio do entendimento firmado. Além disso, em alguns dos sistemas estudados, foi observado o afastamento consciente dos precedentes por parte dos tribunais superiores, sem que tal fato fosse sequer mencionado, ou seja, percebeu-se inexistir a necessidade de uma justificação explícita para a mudança. No entender dos autores, os desvios de entendimento podem ser mais fáceis para os juízes quando os precedentes assumem a forma de interpretações abstratas, o que normalmente ocorre nos tribunais que se preocupam essencialmente em interpretar a lei formal (MACCORMICK e SUMMERS, 1997, p. 536-539).

Examinando esses aspectos, observa-se que não falta aos precedentes brasileiros o caráter formalmente vinculante ou a força normativa, uma vez que a lei expressamente impõe aos juízes e aos tribunais a observância dos pronunciamentos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil. Ademais, o ordenamento brasileiro veda, de forma categórica, a mudança de orientação sem uma justificação explícita para essa mudança.

⁴⁹ Essa hipótese está assim redigida no texto original: “V Precedents can sometimes be distinguished, modified or even overruled and each system may have a distinctive approach to this” (MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents. A comparative Study*. Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 551)

⁵⁰ MacCormick e Summers, ao introduzirem o estudo, ressaltam que “Of particular interest from this point of view are the second, fourth and fifth question topics, concerning respectively the concept of binding precedent including not only formal bindingness but other degrees of normative force as well, the identification of the authoritative element in precedent, and the grounds for and techniques of negating or avoiding or distinguishing that authoritative element in later cases in which, for some reason, departure from, rather than following in line with, the authoritative element of a governing precedent seems preferable” (MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents. A comparative Study*. Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 12).

No entanto, a possibilidade de se haver desvios de entendimentos em razão do fato de o Direito Processual brasileiro ter mantido, em sua essência, os princípios e diretrizes norteadores da tradição jurídica da *civil law* – na qual o raciocínio jurídico do operador do Direito se dá por meio da subsunção, ou seja, da adequação do caso à lei formal em abstrato – não pode ser desconsiderada.

A análise desse aspecto requer um exame mais aprofundado sobre como se dá a formação e a aplicação dos precedentes no Direito brasileiro, bem como uma observação pragmática de como os tribunais e juízes vem lidando com as questões relativas ao respeito aos entendimentos formados e à superação dos precedentes.

Essas questões serão por isso retomadas no terceiro capítulo deste trabalho, no qual serão abordados os tópicos relativos à formação dos precedentes no recurso especial repetitivo e sua aplicação aos casos subsequentes.

Assim, partindo das observações feitas sobre os institutos fundamentais do sistema de precedentes da *common law*, passa-se, a partir do próximo tópico a abordar especificamente os padrões decisórios vinculantes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil, de forma a poder verificar em que medida esses padrões estabelecidos na nova legislação brasileira podem ser considerados como verdadeiros “precedentes judiciais”.

2.5 Precedentes judiciais, jurisprudência e julgados vinculantes

Como foi possível observar nos tópicos anteriores, para que se possa classificar as disposições do ordenamento processual brasileiro como um sistema de “precedentes judiciais” propriamente dito e na acepção aqui abordada, não basta a existência de uma imposição legal determinando que certos provimentos sejam observados pelos juízes e tribunais, ou seja, a previsão de “provimentos vinculantes”, sendo essencial que se possa identificar nessas imposições legais os institutos fundamentais do sistema de precedentes da *common law*, o que, como visto, a rigor, não se observa.

Nada obstante, alguns doutrinadores admitem a existência de um sistema de precedentes vinculantes no Direito Processual brasileiro, como Hermes Zaneti Jr.⁵¹, que,

⁵¹ Segundo Zaneti Jr.: “(...) é incorreto confundir o modelo de precedentes com um modelo de *common law* e o modelo de legalidade com um modelo de *civil law*, não somente porque existe uma forte aproximação entre as tradições jurídicas contemporâneas, como também porque a antiga identificação simplista entre

a partir da abordagem histórica das fontes do direito brasileiro, com ênfase na composição híbrida entre *common law* e *civil law*, positivada na Constituição Federal, e na pretensão de ajuste do modelo garantista do constitucionalismo democrático ao modelo de Direito positivo nacional, reconhece um “modelo de precedentes amplo e fundamentado nas premissas da racionalidade, estabilidade, coerência, integridade e vinculação aos fatos da causa” (ZANETI JR., 2017, p. 369). O autor identifica as Cortes Supremas como as principais personagens da construção desse modelo, mas ressalva que, mesmo as decisões não oriundas dos tribunais de vértice, serão precedentes, caso se limitem à sua esfera de influência formal (ZANETI JR., 2017, p. 407).

Em sentido semelhante, mas com algumas ressalvas, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas reconhecem que “na sistemática do CPC/2015, há decisões que já nascem como precedentes obrigatórios e que devem ser paradigma para as posteriores, em casos normalmente idênticos e às vezes semelhantes”, mas dividem a vinculatividade dessas decisões em três graus, sendo eles: a) forte, se a Lei prevê medida ou ação especialmente concebida para o fim de garantir a sua observância, como nos casos de cabimento de reclamação para tanto; b) média, se o seu desrespeito puder ser corrigido por meios não criados especificamente para tal fim, como os recursos; e c) fraca, ou apenas cultural, sendo aquela que se espera decorrer do bom senso e coerência do órgão julgador (ALVIM e DANTAS, 2019).

Daniel Mitidiero também reconhece a existência de um sistema de precedentes vinculantes no Direito Processual Civil brasileiro, no entanto, para o autor, o art. 927 do novo Código “é qualitativa e funcionalmente incompleto”, além de prever hipóteses que não são propriamente precedentes, como as decisões em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas. No seu entender, os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas⁵² e são sempre vinculantes, não estando

lógica indutiva (*common law*) e lógica dedutiva (*civil law*) não é correta” (ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3ª. ed. Salvador: JusPodium. 2017, p. 429).

⁵² Para Mitidiero, “O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são cortes em que *prepondera* a função de *nomofilaquia interpretativa* em detrimento do escopo de *controle da juridicidade* das decisões recorridas. E sendo função precípua do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a adequada interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal visando à unidade do Direito brasileiro, ressaí daí que participa do núcleo-duro da sua função a formação de *precedentes* capazes de viabilizar a *cognoscibilidade do Direito* pelos demais tribunais e pela sociedade civil, cuja formação obedece ao imperativo de fornecer razões idôneas para *orientar* suas decisões, sem o que o Direito não pode ser identificado precisamente e a igualdade de todos perante a ordem jurídica civil não passa de uma piada de mau gosto. Isso quer dizer que a unidade do Direito que a adequada interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional persegue – tanto em uma perspectiva *retrospectiva* como

necessariamente ligados aos casos repetitivos, podendo inclusive surgir de outros julgamentos das Cortes de Vértice, importando para tanto “a qualitatividade, a materialidade e a funcionalidade” (MITIDIERO, 2018).

De forma semelhante, Luiz Guilherme Marinoni, embora admita a existência um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, considera que somente as Cortes Supremas formam precedentes, sendo que a sua obrigatoriedade decorre das normas constitucionais que atribuem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional, o que, para ele, torna o art. 927 do CPC, além de desnecessário, de caráter meramente exemplificativo. Para Marinoni “precedente é gênero, que obviamente encarta os precedentes firmados em controle concentrado (art. 927, I, do CPC/2015) e os precedentes estabelecidos em ‘julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos’ (art. 927, III, do CPC/2015)”. Por sua vez as decisões proferidas nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas deveriam ser observadas em razão de sua natureza *erga omnes* (MARINONI, 2019, p. 285-286).

Alexandre Freitas Câmara, por outro lado, utiliza o termo “padrões decisórios vinculantes” para se referir aos provimentos dispostos no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 e justifica sua escolha afirmando que não é o mero fato de um ordenamento jurídico adotar instituições normalmente encontradas em certa tradição jurídica que o faz integrar essa “família”. Assim, a adoção de institutos que têm origem no Direito anglo-saxônico, não fez com que Brasil abandonasse sua tradição de *civil law* “para passar a integrar-se ao *common law* (ou mesmo para passar a adotar um sistema híbrido, uma espécie de ‘*civil law* commonlizado’)” (CÂMARA, 2018, p. 56).

Conforme explana o autor, os juízes brasileiros usam de forma inadequada o termo “precedente”, pois falta na prática forense brasileira uma cultura de emprego do precedente como *pincipium* argumentativo. Dessa forma, o funcionamento adequado (e assim constitucionalmente legítimo) de um sistema de precedentes no Brasil exigiria uma

prospectiva – depende da vigência da regra do *stare decisis*, sendo condicionada à existência de um *efetivo sistema de precedentes vinculantes* na nossa ordem jurídica. Nesse contexto, o precedente judicial converte-se no instrumento a partir do qual o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça dependem para desempenhar suas altas funções” (MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas; do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, 2ª Edição em E-book, baseada na 3ª Ed. Impressa, 2017).

mudança no modo de decidir, com a adequada fundamentação das decisões (CÂMARA, 2018, p. 145).

Câmara defende ainda que a formação desses padrões decisórios vinculantes exige uma participação qualificada e ampliada subjetivamente⁵³. Para o autor, os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, IV, do CPC) e a orientação do plenário ou do órgão especial (art. 927, V, do CPC) devem ser vistos como dotados de eficácia meramente persuasiva⁵⁴, isso porque, não é a simples observância do procedimento estabelecido em Lei que legitima o seu uso como padrão a ser observado em casos subsequentes. É necessário que se observe um processo participativo em que todos os sujeitos que nele atuam, inclusive o Órgão jurisdicional, cooperem para a formação de decisões constitucionalmente adequadas (CÂMARA, 2018, p. 204).

Tatiana Paula, também entende que a formação dos precedentes obrigatórios depende da participação, salientando que: “o justo processo precisa desenvolver-se em contraditório entre as partes, em condição de igualdade, o que se transformou em um dever do juiz de ser observador, não mais do desenrolar do processo como sujeito passivo, inerte, mas observador do cumprimento da referida garantia, de maneira ativa,

⁵³ No entender de Câmara, “Nem todo precedente é vinculante, sendo perfeitamente possível admitir a existência de precedentes persuasivos (ou argumentativos) (...) E no ordenamento jurídico essa distinção (entre precedentes vinculantes e não vinculantes, persuasivos ou argumentativos) existe, e se liga (...) ao modo como tais precedentes são produzidos, exigindo os padrões decisórios vinculantes que na sua formação haja uma participação qualificada, ampliada subjetivamente, além de deverem eles ser o resultado de deliberações também qualificadas, justificados por fundamentações especialmente voltadas a legitimar seu emprego como padrões decisórios” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo. Atlas, 2018, p. 135).

⁵⁴ Ainda, para Câmara, “De sua parte, o Código de Processo Civil atribui expressamente eficácia vinculante aos acórdãos proferidos no julgamento do incidente de assunção de competência, no incidente de resolução de demandas repetitivas e na apreciação de recursos especiais e extraordinários repetitivos (art. 927, III). Esta eficácia vinculante está expressamente prevista nos arts. 947, § 3º (para o julgamento do incidente de assunção de competência), 985 (para o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas) e 1.040 (para o julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivo). Pois apenas estes acórdãos (e os enunciados de súmula vinculante, que não são acórdãos nem podem ser tidos por precedentes) têm eficácia vinculante, enquanto os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, IV) e a orientação do plenário ou do órgão especial (art. 927, V) devem ser vistos como dotados de eficácia meramente persuasiva. E essas diferentes eficácias, (...), resultam da amplitude do contraditório, muito maior nos procedimentos de produção dos padrões decisórios que têm eficácia vinculante. Em outros termos, a formação dos padrões decisórios vinculantes observa uma participação subjetivamente ampliada que a qualifica. E a legitimidade democrática e constitucional de tais padrões decisórios exige, também, uma forma qualificada de deliberação por parte dos órgãos jurisdicionais” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo. Atlas, 2018, p. 182).

provocando de ofício o prévio debate das partes sobre questões de fato e de direito indispensáveis ao julgamento da causa” (PAULA, 2019, p. 91).

Para Arenhart e Pereira as técnicas de solução de casos repetitivos previstas no novo Código não têm nenhuma relação com o sistema de precedentes. No entender desses autores, as figuras descritas no art. 927 têm por finalidade a gestão da massa de demandas judiciais, de forma a evitar a disparidade de decisões em casos idênticos, mas, na aplicação dessas, técnicas o julgador parte da premissa de que o Direito tem sentido unívoco que apenas precisa ser “revelado” pelos Tribunais, dispensando a análise dos fatos, uma vez que o direito pode ser encontrado apenas examinando em abstrato as regras e os princípios a serem aplicados (ARENHART e PEREIRA, 2019, p. 13).

É importante ainda observar que existe uma corrente doutrinária que considera inconstitucional o chamado sistema de precedentes do novo Código⁵⁵. Na visão de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery, a tentativa de se emprestar força vinculante aos provimentos jurisdicionais elencados no art. 927 do Código de Processo Civil está revestida de inconstitucionalidade. Assim, salvo para o caso das Súmulas Vinculantes do STF, para o qual há autorização no art. 103-A da CF, sem a necessária mudança na Constituição Federal, não existe permissão para o Poder Judiciário “legislar” na forma disposta na norma⁵⁶.

Uma importante diferença do sistema brasileiro em relação aos sistemas da *common law* e que para alguns autores, como Streck e Abboud, impede que se considere os provimentos dotados de efeito vinculante previstos no CPC como precedentes, é a de

⁵⁵ A propósito da suposta inconstitucionalidade do art. 927 do CPC, confira-se também, Pedro Lenza para quem: “essas regras de vinculação não poderiam ter sido introduzidas por legislação infraconstitucional, mas, necessariamente, por emenda constitucional a prever outras hipóteses de decisões com efeito vinculante, além daquelas já previstas na Constituição” (LENZA, Pedro. Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>. Acesso em 16/10/2021).

⁵⁶ Para NERY JR. e NERY “o objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. Existem alguns projetos de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional com o objetivo de instituírem súmula vinculante no âmbito do STJ, bem como para adotar-se a súmula impeditiva de recurso (PEC 358/05), ainda sem votação no parlamento. Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do *due process of law*. Mudanças são necessárias, mas devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quer lhe conceder” (NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico.2a ed. e-book. Baseada na 16a ed. Impressa]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

que aqui não há a formação do precedente pelo juiz sucessor, mas sim pelo juiz anterior, uma vez que a sua formação decorre de uma determinação legal⁵⁷.

Essa transformação na gênese desse sistema, que impõe “uma hierarquia de vinculação, retirando do magistrado sucessor a garantia de formação de precedentes”, no entender de Bonat e Hartmann Peixoto, poderá inclusive acarretar seu fracasso. Isso porque construiu-se no Brasil um sistema impositivo, no qual tribunais de vértice são alçados pela legislação processual a ocupar um lugar de formação obrigatória, sem que para isso tivesse havido uma mudança de pensamento, de racionalidade, de busca por uma convergência interpretativa para criar maior segurança jurídica e isonomia entre os jurisdicionados (BONAT e HARTMANN PEIXOTO, p. 94).

Aurélio Viana e Dierle Nunes também entendem que no Brasil não existe, de fato, o “precedente judicial”, tal como concebido na tradição da *common law*, mas consideram que a bagagem de uso de direito jurisprudencial, somada à ruptura paradigmática do novo Código parecem permitir que se dê tal rotulação ao nosso modelo, em virtude da estruturação normativizada apresentada pelo novo sistema processual (VIANA e NUNES, 2017, p. 224).

É importante anotar o alerta que esses autores fazem de que a negativa da existência de precedentes no Direito brasileiro poderia “colaborar para a continuidade da aplicação caótica e descompromissada dos provimentos vinculantes ou padrões decisórios”, seja qual for a nomenclatura que se dê a tais provimentos, tornando o sistema ainda mais perverso (VIANA e NUNES, 2017, p. 222).

⁵⁷ Lenio Luiz Streck e Georges Abboud fazem dura crítica à leitura que se faz das inovações apresentadas pelo Código de 2015 como sendo a introdução de um sistema de precedentes no Brasil. Para esses autores, não se pode falar em um *sistema* de precedentes quando se está diante de uma mudança de apenas um segmento do ordenamento jurídico – o Processo Civil. Além disso, a mudança estabelecida direito brasileiro estaria longe de aproximar o nosso sistema da *common law*. Para eles esses novos provimentos inseridos no ordenamento nada mais seriam do que provimentos judiciais legalmente vinculantes, ou seja, textos normativos criados com o propósito de reduzir a complexidade para o enfrentamento das lides repetitivas. Segundo Streck e Abboud, “no *common law*, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do tribunal superior é sua aceitação primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Judiciário. Daí ele ser dotado de uma aura democrática que o precedente *à brasileira* não possui, uma vez que os provimentos vinculantes do CPC já nascem – e isso é uma jabuticaba — dotados de efeito vinculante, independentemente da qualidade e da consistência da conclusão de suas decisões. Essa realidade é encoberta e escamoteada quando partimos nossas reflexões a partir da premissa o CPC-2015 criou um *sistema-de-precedentes*. Falta só alguém sugerir que o legislativo elabore precedentes...! (STRECK, Lenio e ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?. Revista Consultor Jurídico, 18 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>, acesso em 15/9/2021).

Seguindo essa linha de raciocínio, os autores defendem ser preferível enxergar a existência dos precedentes e, por conseguinte, viabilizar a sua correspondente lógica de funcionamento, segundo a qual o caso anteriormente decidido possui um fundamento determinante (*ratio decidendi*), devendo, assim, as orientações contidas no art. 926 do Código de Processo Civil funcionar como uma lente no uso de quaisquer das técnicas do direito jurisprudencial (VIANA e NUNES, 2018, p. 224).

Nesse contexto, percebe-se que, se antes a palavra “precedente” era utilizada no Direito brasileiro em sua acepção genérica, para se referir a quaisquer decisões anteriores que funcionavam como modelos para decisões posteriores, ou seja para tratar de jurisprudência de forma geral, hoje há uma preocupação na doutrina em se definir o que de fato são os “precedentes judiciais” sendo grande a divergência sobre o alcance da expressão e sobre a possibilidade de seu uso no Processo Civil brasileiro.

Essa ampla dissidência doutrinária evidencia a necessidade de aprofundamento dos estudos sobre a mudança de paradigmas que se deu com a inauguração da nova sistemática de julgamento no Direito pátrio. Isso porque, muito embora não seja possível reconhecer uma correspondência entre o precedente da *common law*, na acepção abordada nesse trabalho, e os provimentos judiciais previstos no art. 927 do Código de Processo Civil, é necessário que a compreensão desses novos institutos se faça à luz das correntes de pensamento dominantes na tradição que os inspirou, diante dos importantes subsídios que a doutrina da *common law* pode trazer para o aprimoramento das novas técnicas de julgamentos adotadas pelo Brasil.

Olhando especificamente para a norma em questão (art. 927 do CPC), percebe-se, do quanto exposto, que os problemas relacionados à caracterização dos provimentos vinculantes como verdadeiros precedentes judiciais são mais evidentes em alguns dos padrões decisórios nela previstos do que em outros.

Nas decisões do Supremo Tribunal Federal em Controle de Constitucionalidade (art. 927, I, do CPC), por exemplo, não se discute o direito subjetivo das partes, nem há um litígio entre autor e réu. Assim, como o debate é feito em tese a respeito de uma determinada norma legal, não é possível falar em fatos fundamentais, e, se não há fatos fundamentais, não é possível se extrair uma *ratio decidendi* a partir desses fatos.

Por sua vez, os enunciados de súmula, sejam eles de súmula vinculante (art. 103-A da CF e art. 927, II, do CPC) ou das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional ou do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (art. 927,

IV, do CPC), representam, na verdade, conforme salienta Câmara, “um extrato da jurisprudência dominante de um tribunal” (CÂMARA, 2017, p. 220).

Tereza Arruda Alvim e Bruno Dantas são categóricos em afirmar que, “Evidentemente, súmulas não são precedentes”, nem mesmo as vinculantes, mas sim “a expressão verbal do núcleo (da essência, do extrato) de várias decisões antecedentes de um mesmo tribunal”, acentuando que precedentes são decisões sobre casos concretos (ALVIM e DANTAS, 2019).

Assim, por se tratarem de uma abstração, ou seja, de uma generalização de um entendimento comumente perfilhado, existe também grande dificuldade de se enquadrar as súmulas no conceito de precedente judicial.

A orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes ou tribunais estiverem vinculados (art. 927, V, do CPC) parece ser o mais desafiador desses padrões decisórios vinculantes. Isso porque, como não existe uma sistemática própria prevista na norma para a formação desses “precedentes”, pode ser que o aprimoramento desse instituto, a respeito do qual ainda há pouco debate na doutrina, seja capaz de fazer com que ele evolua para se tornar aquele que mais venha a se assemelhar no Direito brasileiro ao precedente tal como concebido na *common law*.

Ou seja, pode ser na aplicação da *ratio decidendi* dessas orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais, pelo magistrado do caso subsequente, a partir do estabelecimento da identidade dos fatos do caso sucessivo e os do caso em que se firmou a orientação – desde que essa orientação seja estabelecida a partir do exame exauriente da matéria e de forma fundamentada –, que esses precedentes efetivamente surjam no meio jurídico brasileiro, atendendo assim aos requisitos orientadores dos precedentes da *common law*. Tudo depende de como vai se dar a compreensão desses padrões decisórios na prática.

Restam assim os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência (IAC) ou de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 927, III, do CPC).

A caracterização como “precedentes judiciais” dos acórdãos proferidos pelos Tribunais de segundo grau, em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, por não serem julgados oriundos dos chamados Tribunais de

Vértice, encontra forte resistência de uma parcela considerável da doutrina, conforme antes mencionado.

Além disso, o IRDR, diferentemente dos recursos especiais e extraordinários repetitivos – nos quais existe a seleção de um recurso representativo da controvérsia, um caso piloto, no qual será fixada uma tese jurídica a ser aplicada em casos similares –, se trata de um procedimento instaurado apenas para a fixação de uma tese jurídica, não havendo a escolha de um caso concreto a ser julgado ou discussão sobre fatos. No IRDR são enfrentadas questões repetitivas unicamente de direito e não demandas repetitivas propriamente ditas.

Os recursos extraordinários repetitivos, por sua vez, nunca chegaram a se tornar uma categoria específica de padrões decisórios vinculantes no Supremo Tribunal Federal, pois a repercussão geral dos recursos extraordinários, inserida na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e criada com finalidade semelhante à que deu origem aos recursos repetitivos, qual seja, a de conter a multiplicidade de recursos fundados em idênticas questões de direito dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, já vinha sendo utilizada com esse propósito antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, sendo que não houve alteração importante na forma desses julgamentos na Suprema Corte após a vigência do novo Código.

Cumpra ainda salientar que a repercussão geral, conforme esclarecem Debora Bonat e Fabiano Hartmann Peixoto, não apresenta características de “precedente”, mas de um filtro processual para os recursos extraordinários, na busca por elevar “o Supremo Tribunal Federal ao patamar de Corte Constitucional, julgando recursos que possuam uma transposição dos interesses das partes para questões que atinjam direta ou indiretamente a sociedade” (BONAT e HARTMANN PEIXOTO, 2020, p. 90).

Por fim, os acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em incidente de assunção de competência e em recurso especial repetitivo, embora tenham uma importante característica que os difere dos precedentes em sua acepção original, qual seja, o fato de serem formados pelo juiz anterior e não pelo sucessor, possuem também um aspecto que pode possibilitar uma maior aproximação desses provimentos do conceito de “precedentes judiciais”, a saber: o fato de serem julgamentos proferidos em casos concretos, passíveis, pelo menos em tese, da identificação de fatos fundamentais e de uma *ratio decidendi*.

Além disso, esses padrões decisórios possuem cada qual seu processamento próprio, previsto no Código de Processo Civil o que, em uma primeira análise, parece favorecer a “criação de uma cultura” de respeito aos “precedentes” no Direito brasileiro, diante da maior visibilidade que é conferida ao julgamento submetido a esses procedimentos.

Observa-se, no entanto, que o processamento e julgamento de incidentes de assunção de competência ainda são uma prática pouco comum no Superior Tribunal de Justiça – apenas 12 (doze) incidentes dessa natureza tinham sido admitidos no STJ, até 15/10/2021, sendo que, destes, somente 4 (quatro) foram efetivamente julgados⁵⁸.

Diante de todo esse contexto, o recurso especial repetitivo, de uso bem mais comum, naquela Corte Superior – até 15/10/2021, foram 1.107 (mil cento e sete) temas afetados e 861 (oitocentos e sessenta e um) efetivamente julgados⁵⁹ –, parece ser, dentre os padrões decisórios vinculantes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, o mais indicado como o representante desse novo sistema para o exame que se pretende fazer da formação dos precedentes no Direito Processual Civil brasileiro, à luz da teoria dos precedentes de MacCormick, razão pela qual foi o “precedente judicial” escolhido para a análise que será realizada no próximo capítulo.

⁵⁸ Dados extraídos do campo de pesquisa de “precedentes qualificados” do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/acesso em 15/10/2021.

⁵⁹ Dados extraídos do campo de pesquisa de “precedentes qualificados” do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/acesso em 15/10/2021.

CAPÍTULO 3 - A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES NOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS

3.1 O recurso especial repetitivo

Os dois primeiros tópicos abordados no segundo capítulo deste trabalho mostraram que a evolução do Direito Processual brasileiro, principalmente a partir da Reforma do Judiciário, regulada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, apresentou uma tendência de valorização da jurisprudência como a melhor forma de promover o enfrentamento do crescente congestionamento dos tribunais. Nesse contexto, começaram a ser criados mecanismos voltados para a diminuição de demandas dos casos considerados repetitivos, por meio de institutos como a Súmula Vinculante, a súmula impeditiva de recursos e o julgamento liminar de improcedência, além das técnicas de julgamento por amostragem da repercussão geral e do recurso especial repetitivo.

Viu-se que o desafio que se propôs por meio dessas alterações legislativas foi o de adaptar conceitos extraídos do sistema de precedentes da *common law* ao Direito brasileiro, de forma a encontrar meios de se adequar a prestação jurisdicional nos Tribunais que atendessem aos anseios de maior racionalidade, coerência, eficiência e celeridade do sistema, proporcionando maior segurança jurídica e igualdade na aplicação do Direito.

Nessa ordem de ideias, percebe-se que a preocupação com a morosidade da Justiça foi um dos principais focos da Comissão de Juristas destacada para apresentar uma proposta de texto para o novo Código de Processo Civil ao Senado Federal, presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux. A carta de apresentação do texto do Anteprojeto do novo *Códex*, dirigida ao Senado, datada de 8 de junho de 2010, demonstra bem, tanto essa preocupação com a celeridade, quanto a busca por mecanismos aptos a ajudar na solução desse problema, fora da tradição da *civil law*⁶⁰:

É que aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo. (...)

⁶⁰ BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>, acesso em 18/10/2021.

Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? (...)

A metodologia utilizada pela comissão visou a um só tempo vencer o problema e legitimar a sua solução.

Para esse desígnio, a primeira etapa foi a de detectar as barreiras para a prestação de uma justiça rápida; a segunda, legitimar democraticamente as soluções.

No afã de atingir esse escopo deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos. Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da *civil law* e da *common law*, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo.

Foi nesse contexto, de adoção de soluções inspiradas na tradição da *common law*, que surgiu a técnica de julgamento por recursos especiais repetitivos, antes mesmo do advento do novo Código (muito embora tenha sido nele aperfeiçoada), como um instrumento integrante das políticas públicas formuladas tendentes a assegurar o princípio constitucional da razoável duração do processo⁶¹ (BUCCI, 2006), baseada em sugestão do jurista e Ministro aposentado Superior Tribunal de Justiça, Athos Gusmão Carneiro⁶².

Buscou-se, destarte, atender à necessidade de racionalização operacional do Poder Judiciário, visando ao enfretamento das demandas de massa como forma de diminuir o volume de processos aguardando julgamento nos juízos e tribunais e de imprimir maior celeridade à tramitação processual, sem ferir, contudo, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Conferiu-se desse modo, em um primeiro momento, autoridade persuasiva a essas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, como forma de tentar inculcar maior

⁶¹ A política pública surge da necessidade social para a concretização e se trata de “um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito” (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14).

⁶² A Mensagem submetendo à deliberação do Congresso Nacional o projeto de Lei que criou os Recursos Especiais Repetitivos no âmbito do STJ, acentuou que: “Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa”, e apresentou o projeto de lei “(...) baseado em sugestão do ex-membro do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Athos Gusmão Carneiro, com o objetivo de criar mecanismo que amenize o problema representado pelo excesso de demanda daquele Tribunal” (BRASIL. Mensagem 341/2007. PL 1.213/2007. Tarso Genro. 2007. Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=555963&filename=MSC+341/2007+%3D%3E+PL+1213/2007, acesso em: 20/10/2021).

segurança jurídica, previsibilidade e isonomia, com a redução de decisões conflitantes e das oscilações de entendimentos jurisprudenciais.

Cabe ressaltar que uma certa oscilação de entendimentos nos diversos tribunais faz parte do amadurecimento da interpretação das normas legais, mas a manutenção por longo tempo de várias interpretações possíveis sobre uma mesma questão leva à insegurança jurídica, a um sistema não confiável e ao surgimento de um número cada vez maior de novas demandas.

Conforme observa Luiz Rodrigues Wambier, “a segurança e a estabilidade na prestação jurisdicional são elementos intrínsecos à democracia, que é da essência do Estado de Direito”. Nessa seara, “decisões díspares, decisões em sentido oposto, para situações de direito idênticas, não contribuem para a legitimidade social do sistema e, de certo modo, desencantam a sociedade” (WAMBIER, 2020, p. 1.136).

O STJ precisava trabalhar menos para poder trabalhar melhor, e a técnica de julgamento por meio de amostragem nas demandas repetitivas foi o caminho escolhido pelo legislador para dar solução a esse problema, buscando o resgate da função precípua da Corte, conferida pelo art. 105, inciso III, da Constituição Federal, de uniformização da interpretação da legislação federal.

Fredie Didier Jr. enfatiza a importância dessa função paradigmática uniformizadora do STJ: “Trata-se de função importantíssima, intimamente relacionada com o princípio da segurança jurídica. Ora, se ao STJ compete interpretar e preservar a legislação infraconstitucional, o julgamento que venha a ser proferido, conferindo interpretação a determinada norma federal, serve, a um só tempo, como corretivo da decisão impugnada e elemento de uniformização da jurisprudência quanto à interpretação da referida norma” (DIDIER, 2008, p. 296).

Nessa senda, a Lei n. 11.672/2008 acrescentou ao Código de Processo Civil de 1973 o art. 543-C, estabelecendo procedimento próprio a ser observado no processamento do recurso especial quando constatada a existência de “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”, a partir do enfrentamento dessa questão no julgamento de um ou mais recursos selecionados como “representativos da controvérsia” (art. 543-C, *caput*, e § 1º, do CPC/1973).

O Código de Processo Civil de 2015 repetiu a essência dessa norma, prevendo também o requisito da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão

de direito para o estabelecimento do rito do recurso especial repetitivo, assim como a afetação de, agora, pelo menos dois recursos representativos da controvérsia, em seu art. 1.036, *caput*, e § 1^o⁶³, mas apresentou, como grande novidade para o sistema, a previsão de observância obrigatória pelos juízes e tribunais do acórdão proferido sob esse rito, nos termos do seu art. 927, III, conferindo caráter vinculante a esses julgados.

Embora o termo “precedentes” tenha ganhado notoriedade no Direito brasileiro apenas após as recentes alterações legislativas mencionadas, o julgamento com base em jurisprudência é uma prática que há muito vinha sendo utilizada, tanto pelos Tribunais Superiores quanto pelos Tribunais Estaduais e Regionais Federais, por meio de decisões monocráticas que reconheçam a existência de “orientação jurisprudencial pacífica” do próprio tribunal ou de Tribunal Superior sobre determinada matéria e que apresentavam, como fundamentação, apenas o texto de enunciados de súmulas ou de ementas de acórdãos.

No Superior Tribunal de Justiça, esse formato de decisão levou inclusive a uma ampliação do entendimento consolidado no Enunciado n. 83 de sua Súmula – que prevê o não conhecimento “do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”⁶⁴ –, o qual passou a ser aplicado também nas hipóteses de interposição de Recurso Especial por violação de Lei Federal (art. 105, III, “a”, da CF), diante da autorização que o art. 557 do CPC/1973 (com a redação dada pela Lei n. 9.756/1998) deu aos relatores dos recursos para realizarem julgamentos monocráticos com base em jurisprudência dominante ou em súmulas dos próprios tribunais ou de Tribunal Superior.

Mas essa forma de julgamento comumente adotada não impedia a existência de posições conflitantes nos diversos tribunais, inclusive internamente em cada um deles.

⁶³ “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso” (CPC/2015).

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 83, Corte Especial, julgado em 18/6/1993, DJ de 2/7/1993, p. 13283.

Nesse ponto, vale lembrar dois importantes aspectos relacionados no estudo coordenado por Neil MacCormick e Robert S. Summers, na obra *Interpreting Precedents. A comparative Study*, sobre as principais diferenças nas formas de decidir nos sistemas da *common law* e da *civil law*, quais sejam, a liberdade que os juízes de tradição romano-germânica possuem de se afastarem dos precedentes dos Tribunais Superiores, diante do princípio da independência do juiz, e a possibilidade de distanciamento consciente dos precedentes por parte dos Tribunais Superiores, sem que tal circunstância seja sequer mencionada nas decisões (MACCORMICK e SUMMERS, 1979).

E, de fato, embora fosse comum o entendimento jurisprudencial servir de amparo às decisões proferidas nos diversos tribunais, não menos comum era a praxe de alguns tribunais, mesmo cientes do entendimento consolidado das Cortes Superiores sobre determinadas matérias, amparados no princípio da independência do juiz, adotarem entendimentos conflitantes com a jurisprudência estabilizada, o que resultava em um volume enorme de recursos especiais admitidos que ascendiam ao STJ e acabavam sendo decididos por meio de decisões monocráticas dos relatores, nos termos autorizados pelo § 1º do art. 557 do CPC/1973 (também incluído pela Lei n. 9.756/1998), reformando decisões de mérito.

Esses recursos foram abarrotando o STJ de processos. A Corte, para conseguir se desvencilhar da enorme demanda, passou a adotar o que pode ser chamado de um modelo “fordista”⁶⁵ de produção de decisões judiciais padronizadas, coordenado por seus Ministros. O excesso de recursos refletiu também nos critérios para a admissão de recursos especiais, tanto nos Tribunais locais, quanto no próprio STJ, sendo possível perceber um progressivo aumento na aplicação de óbices formais excessivamente rigorosos para o conhecimento dos recursos, a chamada “jurisprudência defensiva”⁶⁶.

O julgamento de mérito das questões importantes foi com isso, aos poucos, sendo relegado a segundo plano. A litigância descomedida resultou, destarte, em uma maior

⁶⁵ Dá-se o nome de “fordismo” ao sistema de produção desenvolvido pelo empresário norte-americano Henry Ford, que desenvolveu um modelo de produção em grande quantidade de automóveis por meio do artifício conhecido como “linha de montagem”, possibilitando a fabricação de um carro a cada 98 minutos (https://pt.wikipedia.org/wiki/Henry_Ford, acesso em 10/10/2021).

⁶⁶ O termo “jurisprudência defensiva” é atribuído ao Ministro aposentado do STJ, Humberto Gomes de Barros, que ao tomar posse como Presidente da Corte, em seu discurso, ressaltou a preocupação com a fragilização da eficácia das decisões da Corte por meio “[d]a criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos” no STJ (BARROS, Humberto Gomes de. Discurso do Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros por ocasião de sua posse no cargo de Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 2008. https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16933/Discurso_Posse_Gomes%20de%20Barros.pdf).

dificuldade de se examinar criteriosamente os processos, havendo uma redução da qualidade do trabalho proporcional ao aumento do seu volume.

Em artigo acadêmico, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrichi, ao realizar “Um breve balanço do primeiro ano de aplicação do art. 543-C do CPC”, fez uma reflexão sobre esse problema:

A situação criada pelo excesso de ações em torno do mesmo tema era, e ainda é, perniciosa, pois consegue inverter a ordem natural do trabalho dos juízes. A repetição de julgamentos idênticos amplia a produtividade individual de cada juiz, transmitindo a falsa ideia de que são decididas variadas questões de direito. No entanto, os recursos com elevado grau de complexidade acabam sendo relegados a segundo plano, e, em detrimento da produção intelectual dos julgadores, o trabalho jurisdicional passa a ser direcionado para atender a demanda de poucos e determinados escritórios de advocacia ou de partes que sobrecarregam o sistema judicial com uma avalanche de recursos. Como resultado desta distorção, vê-se, inevitavelmente, um tratamento desigual aos jurisdicionados (ANDRIGHI, 2009, p. 53).

A sistemática de processamento instituída para os recursos especiais repetitivos surgiu, por conseguinte, como um instrumento tendente a “frear” a avalanche de recursos estava atravancando o STJ.

Consoante destaca o também Ministro da Corte, Paulo de Tarso Sanseverino, em obra doutrinária comemorativa dos 30 anos do STJ, o número elevado de novos processos, “apesar da alta produtividade dos seus integrantes, desnatura a função nomofilática atribuída ao STJ pela Constituição Federal (art. 105 da CF/88), sintetizada na sua missão de assegurar unidade na aplicação e interpretação do direito federal pelos tribunais brasileiros mediante a formação de precedentes qualificados” (SANSEVERINO, 2019, p. 764).

A técnica de julgamento por amostragem, com a suspensão dos recursos tratando da mesma controvérsia até o pronunciamento definitivo do STJ, prevista no art. 543-C do CPC/1973, possibilitou, em um primeiro momento, uma consolidação da jurisprudência dominante da Corte sobre os temas mais recorrentes e conferiu visibilidade a esses pronunciamentos, resultando em uma progressiva e expressiva redução no número recursos especiais, admitidos na origem, distribuídos e registrados no STJ, nos anos que seguiram a edição da norma, bem como em uma relativa estabilização no número agravos contra decisões inadmitindo recursos especiais, proferidas pelos tribunais de origem.

Com efeito, a partir do estudo dos dados estatísticos fornecidos pelo STJ, nos boletins divulgados pelo próprio Tribunal⁶⁷, consolidados na “Tabela 1” e no “Gráfico 1”, a seguir, pode-se observar que o número recursos especiais admitidos na origem, distribuídos e registrados no STJ, no ano do advento da Lei que criou os recursos especiais repetitivos (2008), superou 114 (cento e quatorze) mil processos. Nos anos seguintes é possível constatar uma clara tendência de redução na chegada desses recursos ao Tribunal, tendo atingido, em 2020, um valor próximo a 54 (cinquenta e quatro) mil processos. Esse dado, refletindo uma redução superior a 50% em número absoluto de recursos, no período de 12 (doze anos), impressiona ainda mais se comparado ao aumento, também superior a 50%, na distribuição e registro desses recursos observado nos 8 (oito) anos que antecederam o advento da norma (de cerca de 55 mil processos em 2000 para cerca de 114 mil processos em 2008, ressaltando-se que, em 2020, o STJ recebeu um número menor de recursos especiais do que no ano de 2000, ou seja, vinte anos antes).

É verdade que, em relação ao número de agravos interpostos contra decisões de inadmissibilidade proferidas nos tribunais de origem, não se observou a mesma tendência de redução. De fato, embora seja possível notar um significativo aumento desses recursos entre os anos de 2000 e 2009 (também superior a 50%), nos anos que se seguiram não houve uma diminuição na distribuição de agravos similar à que ocorreu na distribuição de recursos especiais. Nada obstante, é possível observar uma tendência de estabilização no número desses recursos no período subsequente ao advento da lei que criou os recursos repetitivos.

Essa substancial mudança na propensão de admissão de recursos especiais nos períodos examinados, aliada à informação de que, nesse intervalo de tempo, foram afetados mais de mil temas repetitivos no STJ, sendo que 840 (oitocentos e quarenta) deles foram efetivamente julgados⁶⁸, leva à conclusão de que, de fato, estabeleceu-se, nesse período, uma tendência de respeito maior, por parte dos tribunais de segundo grau, aos “precedentes” estabelecidos pelo STJ, no julgamento de temas repetitivos.

⁶⁷ BRASIL. Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>. Acesso em 31/10/2021.

⁶⁸ Conforme dados extraídos em pesquisa realizada na página “Precedentes Qualificados” do sítio eletrônico do STJ, informando as datas em questão e utilizando os argumentos “afetação” e “julgamento”. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/?pesquisaAvancada=true, consulta feita em 31/10/2021.

Isso porque o grande número de admissão de recursos especiais na origem costuma sinalizar o distanciamento dos Tribunais de segundo grau da orientação jurisprudencial dominante do STJ sobre certas matérias, uma vez que os recursos admitidos para dirimir controvérsias sobre as quais nunca houve um pronunciamento do STJ não são muito comuns. Assim, esses recursos que, em 2008, representavam mais de 35% dos processos que chegavam ao Tribunal, no ano de 2020 responderam por pouco mais de 15% da distribuição e registro de processos na Corte.

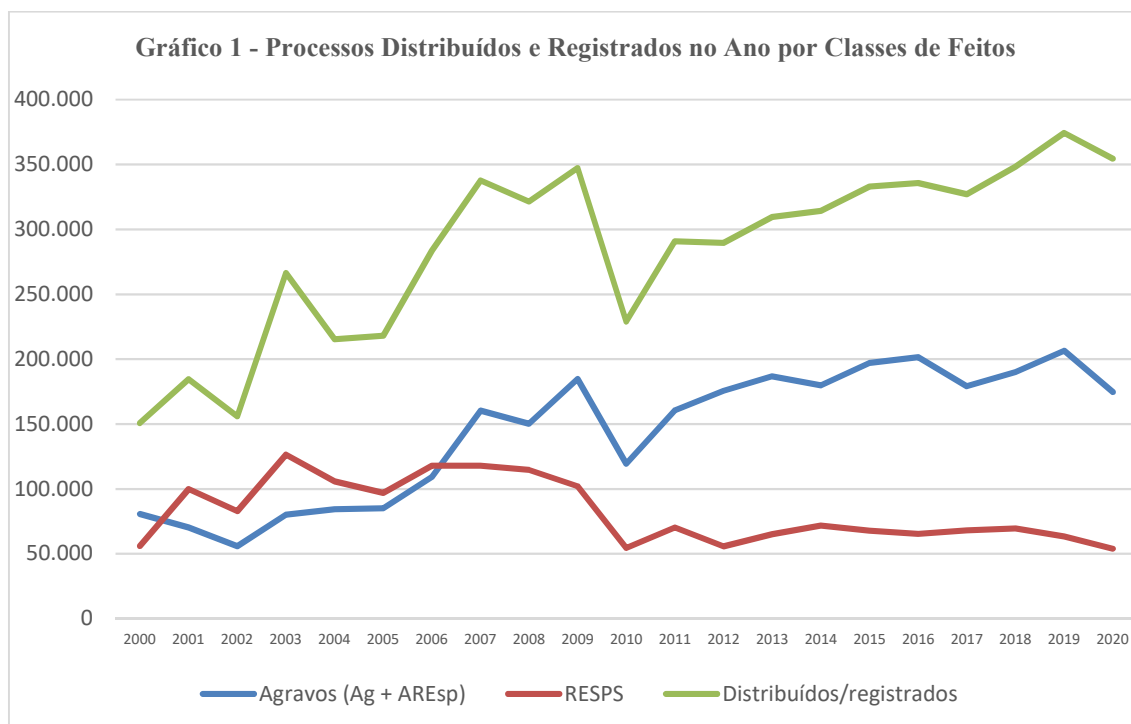
Portanto, o grave problema, anteriormente mencionado, de juízes e tribunais deliberadamente proferirem decisões contrárias à orientação jurisprudencial consolidada do STJ sobre determinados temas, ensejando um alto número de recursos especiais que acabavam sendo admitidos e providos, foi, de fato, amenizado com a criação da sistemática dos recursos especiais repetitivos.

A questão relativa aos agravos apresenta peculiaridades que tornam a sua alta incidência mais sensível a outros fatores, além daqueles relacionados ao estabelecimento dos “precedentes”. Uma grande parte desses recursos tem por objeto a discussão de questões formais surgidas em diferentes momentos do processo – em primeiro e segundo graus de jurisdição e na própria interposição do recurso especial –, razão pela qual a questão jurídica de fundo tratada nas ações originárias muitas vezes não é sequer levada ao STJ para discussão, nesses recursos. Ainda assim, a tendência de estabilização observada no número de agravos dirigidos ao STJ pode ser atribuída, entre outros fatores, à maior convergência de decisões, resultante da aplicação dos “precedentes” firmados em repetitivos, a partir do advento da Lei n. 11.672/2008, bem como à previsão de não cabimento de agravo para o STJ contra a decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso especial, se fundada na aplicação de entendimento firmado em julgamento de recursos repetitivos (art. 1.042, *caput*, do CPC).

Tabela 1 - Processos Distribuídos e Registrados no Ano por Classes de Feitos

Ano de Distribuição	Agravos (Ag + AREsp)	Percentual de agravos	REsps	Percentual de REsps	Total de Distribuídos e Registrados	Percentual das demais classes
2000	80.748	53,57%	55.896	37,08%	150.738	9,35%
2001	70.385	38,15%	99.873	54,14%	184.478	7,71%
2002	55.820	35,79%	82.782	53,08%	155.959	11,13%
2003	80.062	35,36%	126.473	55,85%	226.440	8,79%
2004	84.490	39,22%	105.716	49,08%	215.411	11,70%
2005	85.058	39,01%	96.923	44,45%	218.054	16,54%
2006	109.376	38,56%	118.028	41,61%	283.654	19,83%
2007	160.341	47,49%	117.973	34,94%	337.630	17,57%
2008	150.304	46,76%	114.676	35,68%	321.421	17,56%
2009	184.876	53,21%	102.022	29,37%	347.426	17,42%
2010	119.517	52,20%	54.596	23,84%	228.981	23,96%
2011	160.684	55,24%	70.422	24,21%	290.901	20,56%
2012	175.571	60,64%	55.672	19,23%	289.524	20,13%
2013	186.700	60,29%	65.110	21,03%	309.677	18,69%
2014	179.782	57,20%	71.714	22,82%	314.316	19,99%
2015	197.064	59,20%	67.856	20,38%	332.905	20,42%
2016	201.542	60,02%	65.330	19,46%	335.779	20,52%
2017	179.916	55,00%	68.143	20,83%	327.129	24,17%
2018	189.909	54,51%	69.547	19,96%	348.416	25,53%
2019	206.513	55,17%	63.454	16,95%	374.350	27,88%
2020	174.769	49,31%	53.904	15,21%	354.398	35,48%

* Tabela elaborada pela autora



* Gráfico elaborado pela autora.

A despeito da constatação da efetividade da norma que criou os recursos especiais repetitivos quanto à redução do volume de processos, tratando-se de um instituto novo, a busca pelo seu verdadeiro escopo e alcance suscitou debates no Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, em um primeiro momento, alguns dos Ministros da Corte professaram o entendimento de que o julgamento pela nova sistemática serviria apenas para reafirmar a jurisprudência dominante do Tribunal, dando assim a necessária visibilidade ao entendimento existente, não sendo possível, no julgamento do representativo da controvérsia, o estabelecimento de uma nova orientação sobre determinada matéria, ou a afetação de processos para julgamento sob esse rito sem que antes houvesse um entendimento consolidado a respeito do tema.

Essa divergência interna ficou bem retratada nas palavras de Nancy Andrichi:

Efetivamente, há uma divergência bastante ampla acerca das possibilidades envolvidas em um julgamento dessa natureza, pois parte dos Ministros considera que a discussão deve, simplesmente, ratificar as conclusões já obtidas em precedentes anteriores, enquanto outros veem o mecanismo como uma possibilidade de ir além na jurisprudência consolidada ou então corrigir eventuais equívocos na formulação pregressa desta.

Para o primeiro grupo, a edição de um entendimento no âmbito de um recurso representativo de controvérsia teria total similitude com o procedimento de edição de uma nova Súmula; apenas os efeitos seriam diversos, de acordo com o que dispõe o art. 543-C do CPC.

Filio-me abertamente ao segundo grupo. Entendo que o país perde uma chance extraordinária de ver uma de suas Cortes Superiores analisando temas em profundidade nunca antes vista, pois é isso o que o procedimento agora criado permite. Afinal, há toda uma mobilização que supera em muito a discussão inter partes; há a influência dos *amicus curiae*, do MP, dos próprios Tribunais de segundo grau e, necessariamente, a participação das Seções ou da Corte Especial. A experiência tem mostrado que o julgamento mobiliza de forma mais impactante até mesmo os próprios Ministros do STJ. No julgamento do processo repetitivo, é possível estudar em que ponto eventualmente os precedentes anteriores falham e o que possuem de melhor para que ser aproveitado; é possível avançar em conclusões tomadas, muitas vezes, antes do amadurecimento completo da discussão jurídica travada.

Nesse sentido, com a devida vênia, gostaria de fazer de cada recurso repetitivo um momento de nova reflexão, pois me parece estranho que seja necessário chamar para o processo os *amicus curiae* simplesmente para que estes referendam, formalmente, um procedimento previsto em lei, já sabedores de que o STJ vai simplesmente 'carimbar' uma decisão que, às vezes, fora tomada com base em uma discussão que não teve sequer oportunidade de chegar ao mesmo nível de aprofundamento.

Ademais, não é de se olvidar a possibilidade de que um recurso representativo de controvérsia seja, justamente, o primeiro processo a instaurar determinada discussão no âmbito do STJ. Pense-se em uma

situação regional, derivada de um fato único e temporalmente bem delimitado, que afetou alguns milhares de cidadãos. Estes oferecerão ações praticamente ao mesmo tempo, receberão julgamentos próximos, recorrerão em datas parecidas e o Tribunal de Justiça, de repente, receberá centenas de apelações muito semelhantes. Possivelmente, o primeiro acórdão será alvo de recurso especial e o Tribunal o afetará. Tal situação não é fictícia e já ocorreu em processo de minha relatoria, relativamente a uma discussão possessória em área de loteamento irregular nos arredores de Brasília.

Por esse exemplo, nota-se que não decorre da natureza do procedimento, como querem alguns, a exigência de que o julgamento da tese repetitiva apenas reitere as decisões anteriores; pode ser que estas nem existam (ANDRIGHI, 2009, p. 64-65).

A leitura da norma, em si, identifica, como único requisito para a afetação de um tema, a existência de “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito” (expressão presente no art. 543-C do Código de 1973 e repetida no art. 1.036 do novo Código), podendo-se extrair do texto a finalidade contida no instituto de racionalização do julgamento de casos que se repetem.

De um exame conjunto dos dispositivos que tratam dos recursos especiais repetitivos, tanto no Código revogado, quanto no atual, não se deduz que o escopo do procedimento seja apenas a consolidação de entendimentos jurisprudenciais existentes, ou que o seu alcance se limite às matérias sobre as quais exista um pronunciamento prévio da Corte.

Mesmo assim, era natural que a mudança paradigmática na forma de se decidir se desse com certa cautela, o que fez com que, em um primeiro momento, se observasse uma tendência à afetação de temas sobre os quais a Corte já havia se debruçado diversas vezes, bem como com que o resultado obtido nesses julgamentos pelo novo rito, em regra, representasse mera confirmação da jurisprudência antes estabelecida.

Com o tempo, passou-se a observar, na apreciação dos temas, a realização de um exame mais acurado das questões afetadas pelos Órgãos Colegiados, com o estabelecimento, em certas ocasiões, inclusive, de soluções jurídicas diversas daquelas que vinham sendo antes adotadas pelo Tribunal⁶⁹. Além disso, foi se tornando mais

⁶⁹ Ao apreciar o Tema n. 984/STJ, *v.g.*, a Terceira Seção do STJ modificou a jurisprudência então dominante no tribunal e decidiu que “As tabelas de honorários elaboradas unilateralmente pelos Conselhos Seccionais da OAB não vinculam o magistrado no momento de arbitrar o valor da remuneração a que faz jus o defensor dativo que atua no processo penal; servem como referência para o estabelecimento de valor que seja justo e que reflita o labor despendido pelo advogado”. Naquela oportunidade, o relator do caso, Ministro Rogério Schietti Cruz, justificou a superação do entendimento anteriormente firmado

comum a afetação de Temas sobre os quais havia divergência de entendimentos entre as Turmas ou Seções da Corte⁷⁰, servindo o julgamento do representativo da controvérsia como paradigma para estabelecer uma orientação majoritária.

Nada obstante, quanto a questões jurídicas novas, ainda não debatidas pelos Órgãos fracionários do Tribunal, é possível identificar decisões recentes rejeitando a indicação de recursos como representativos da controvérsia para o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, antes de um “amadurecimento” do tema na Corte, tendo em vista a gravidade dos possíveis reflexos da formação do padrão decisório vinculante sobre uma matéria pouco conhecida⁷¹.

Nessa ordem de ideias, importa recordar que o precedente, tal como idealizado na *common law* e na perspectiva abordada no presente trabalho, tem como principal elemento estruturante a *ratio decidendi*.

Na acepção de MacCormick, como visto, no julgamento a partir de precedentes, uma disposição legal que recebeu uma determinada interpretação judicial deverá ter que ser interpretada por outras cortes de acordo com a exegese anterior. Portanto, é necessário que se possa identificar no precedente os argumentos utilizados e as premissas adotadas.

Assim, para que um julgamento proferido em um recurso especial repetitivo apresente as características de um precedente judicial propriamente dito, a decisão proferida no caso paradigma não pode se resumir à síntese de um apanhado da jurisprudência, com o fim de conferir maior visibilidade a uma orientação já existente no Tribunal. É necessário que o precedente se forme a partir de um amplo debate qualificado, sopesando todos os argumentos apresentados, e que contenha uma fundamentação

reconhecendo a “relevante necessidade de definição de critérios mais isonômicos de fixação dos honorários, e menos onerosos aos cofres públicos, sem prejuízo da necessidade de assegurar a dignidade da advocacia e o acesso à Justiça pelos hipossuficientes” (STJ. REsp n. 1.656.322/SC e REsp n. 1.665.033/SC, Terceira Seção, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe de 4/11/2019).

⁷⁰ No julgamento do Tema n. 955/STJ, por exemplo, diante da divergência existente entre os entendimentos da Terceira e da Quarta Turmas do STJ sobre a possibilidade de inclusão, nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade fechada de previdência privada, das horas extraordinárias habituais incorporadas por decisão da Justiça trabalhista à remuneração do participante de plano de previdência complementar, o Relator, Ministro Antônio Carlos Ferreira, salientou que “o presente julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos tem também por objetivo firmar uma orientação única a ser seguida pelas Turmas especializadas em Direito Privado do STJ, conferindo-se assim efetividade aos princípios da segurança jurídica e da isonomia de tratamento às partes processuais” (STJ. REsp n. 1.312.736/RS, Segunda Seção, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe de 18/8/2018).

⁷¹ Confirmam-se a propósito, os seguintes julgados: ProAfR no REsp n. 1.684.994/MT, Segunda Seção, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 5/12/2017, REsp n. 1.913.811/SP, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe de 7/6/2021, REsp n. 1.899.801/PB, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 24/03/2021 (Superior Tribunal de Justiça).

extraída a partir dos fatos fundamentais da causa. Nesse debate ampliado, eventualmente, é possível que se chegue a uma conclusão nova sobre a matéria.

Vale recordar que a elaboração da norma por meio de precedentes, como acentuam MacCormick e Summers, é um processo lento e evolutivo sempre sujeito a ajustes, diante das particularidades encontradas (MACCORMICK e SUMMERS, 1997, p. 4).

Também não se exige para a formação do precedente que a matéria tenha sido objeto de debates anteriores no próprio Tribunal. Pelo contrário, no sistema de precedentes judiciais da *common law*, qualquer pronunciamento judicial pode se tornar um precedente, caso a sua *ratio decidendi* sirva como fundamentação para os casos subsequentes.

No microsistema objeto do presente estudo, conquanto a existência desses debates prévios não inviabilize a formação de um precedente em um eventual julgamento posterior pelo rito dos recursos repetitivos, podendo, inclusive, contribuir para um debate qualificado, não há óbice para a afetação do primeiro recurso que chegue à Corte como representativo da controvérsia, não obstante se exija para tanto a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito tramitando pelo País.

Assim, para viabilizar o papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça de uniformização da legislação federal no Brasil, o recurso especial repetitivo surgiu como um instrumento apto a criar padrões decisórios a serem observados por todos os Tribunais do País, inspirado nos modelos adotados na *common law*. Na prática, como consequência da implantação das novas regras contidas nesse instrumento, viu-se o estabelecimento de várias teses repetitivas pelo Superior Tribunal de Justiça e foi possível identificar, ao longo do tempo, uma maior convergência interpretativa nos tribunais, espelhada na tendência de diminuição na distribuição de recursos especiais para o STJ.

No entanto, embora a diminuição do número de processos tramitando no Poder Judiciário tenha sido o grande motivador da criação dos recursos especiais repetitivos, como bem ressalta Wambier, a redução do volume de processos deve ser vista como um “efeito colateral benéfico” do uso dessa técnica, ao conferir a uma determinada situação repetitiva uma única solução jurídica vinculativa. A preocupação central desse “sistema de precedentes”, deve ser a de garantir “a isonomia, a segurança jurídica, a previsibilidade

e economia processual, elementos que se encartam perfeitamente no conjunto das garantias constitucionais do processo” (WAMBIER, 2020, p. 1.139).

Sobressai, dessa forma, a importância de um exame das etapas e dos procedimentos envolvidos na formação desses padrões vinculantes, porque é nesses procedimentos que será possível observar como se constrói a *ratio decidendi* do “precedente” formado no recurso especial repetitivo, como esses precedentes são excepcionados por meio do *distinguishing* e do *overruling*, no processo brasileiro, e como se dá a aplicação desses precedentes nos casos subsequentes, razão pela qual passa-se, nos próximos tópicos, a abordar especificamente essas questões.

3.2 O procedimento de afetação e a instrução do recurso especial repetitivo no Superior Tribunal de Justiça

A primeira etapa da formação do precedente no recurso especial repetitivo é o procedimento de afetação, que se inicia pela identificação de uma questão repetitiva e seleção de dois ou mais recursos representativos da controvérsia. Essa identificação pode se dar no Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional Federal de origem – hipótese em que o seu presidente ou vice-presidente selecionará os recursos representativos que serão encaminhados ao STJ para fins de afetação, determinando a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região (art. 1.036, § 1º, do CPC) –, ou no próprio STJ, pelo relator, por meio da seleção dos recursos para o julgamento da questão de direito (art. 1.036, § 5º, do CPC).

No momento da afetação do recurso representativo da controvérsia, ocorre a identificação da questão jurídica afetada, ou, conforme denominado no STJ, do “tema” repetitivo (art. 1.037, I, do CPC) e a deliberação acerca da suspensão dos processos pendentes (art. 1.037, II, do CPC). É também nesse momento que tem início a instrução do procedimento, por meio da solicitação de manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, da eventual determinação de realização de audiência pública, da requisição de informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e da intimação do Ministério Público Federal para se manifestar (art. 1.038, I, II e III, do CPC).

A seleção da matéria repetitiva e a escolha do recurso representativo da controvérsia são feitas, a rigor, no STJ, isso porque embora os Tribunais de origem possam identificar temas e indicar recursos representativos, cabe ao relator no STJ reexaminar a admissibilidade do recurso selecionado a fim de rejeitar, de forma fundamentada, a indicação, devido à ausência dos pressupostos recursais genéricos ou específicos, ou propor à Corte Especial ou à Seção a afetação do processo (art. 256-E, I e II, do RISTJ). Caso uma dessas providências não seja tomada em 60 (sessenta) dias corridos, contados da conclusão do recurso selecionado ao relator, presumir-se-á que a indicação foi rejeitada (art. 256-G do RISTJ) e os processos retomarão seu curso normal.

Cabe salientar que o recurso especial repetitivo tem por finalidade dar solução a “questões repetitivas”, de modo que a multiplicidade de recursos tratando da mesma matéria é requisito para a afetação.

Marinoni e Mitidiero ressaltam que “o objeto da técnica dos recursos repetitivos é uma questão de direito e não um recurso ou um caso” (MARINONI e MITIDIERO, 2021). De fato, o § 7º do art. 1.037 do CPC determina que, caso o recurso selecionado como representativo da controvérsia contenha outras questões, além daquela afetada, essas deverão ser decididas após a decisão da questão delimitada. Assim, após a decisão do tema repetitivo pode ser necessário resolver outras questões de direito para a completa resolução do recurso.

A “questão de direito” selecionada, segundo o disposto no parágrafo único do art. 928 do CPC, pode ser de direito material ou processual. Nada obstante, para que a decisão sobre o tema repetitivo forme um precedente, à luz da doutrina aqui adotada, é necessário que o magistrado examine a questão a partir dos fatos materiais da causa, de forma a possibilitar a construção da *ratio decidendi* do julgado. A norma estabelecida no precedente judicial não pode se dissociar dos fatos materiais que lhe deram causa, pois é o cotejo com esses fatos que vai possibilitar o julgamento dos casos subsequentes e viabilizar uma eventual distinção ou superação.

Com efeito, para MacCormick, a racionalidade do sistema de precedentes depende da universabilidade, propriedade que considera fundamental à justificação normativa, dentro de qualquer moldura justificatória. O jusfilósofo explica que, se em um caso qualquer pudermos, com boas razões, utilizar uma determinada solução jurídica, então podemos dizer isso em todos os casos em que materialmente as mesmas características se apresentem, mas isso não quer dizer que essa seja uma proposição normativa universal

de caráter absoluto. Fatos relevantes contrapostos podem nos levar a concluir que o princípio estabelecido deixa de se aplicar em casos diferentes. MacCormick salienta que “qualquer proposição universal concernente ao que seja correto pode acabar sujeita a exceções e qualificações até então não cogitadas, resultante da interação entre mais de um princípio relevante”. Ou seja, todas as regras jurídicas têm uma *defeasibility* intrínseca, porque diferentes circunstâncias podem sugerir exceções e qualificações que não haviam surgido à vista das circunstâncias do caso em consideração (MACCORMICK, 2008, p. 116-121).

Cabe salientar, nesse ponto, a importante distinção entre fatos e provas. Com efeito, não há vedação para que o STJ, no julgamento do recurso especial, principalmente em se tratando de recurso especial repetitivo, conheça dos fatos da causa. Conforme acentuam Marinoni e Mitidiero, o que as Cortes de Precedentes (STF e STJ) não podem “é reexaminar a prova dos autos a fim de outorgar nova valoração probatória aos fatos, isto é, não podem proceder à nova valoração da prova”. Portanto, o STJ deve considerar os fatos conforme delineados pela decisão recorrida, ou seja, não pode considerar como existente um fato que a decisão recorrida entendeu inexistente e como inexistente um fato que a decisão tomou como existente (MARINONI e MITIDIERO, 2021).

Zaneti Jr., comentando o disposto no art. 928 do CPC, discorre sobre a necessária rediscussão da relação entre questão de fato e questão de direito, diante as mudanças recentes na teoria do Direito e na hermenêutica, com a aproximação entre *common law* e *civil law*. Para o autor, a distinção entre questões de fato e questões de direito não é um limite formal entre duas categorias evidentes em si, mas dogmático. No seu entender, “há uma dinâmica entre os termos, dependente da ativa colaboração do intérprete”. Assim, as questões mistas (que ao mesmo tempo ensejam questões de fato e de direito) devem ser conhecidas pelo Tribunal ao examinar a causa “até o limite da conexão das questões problemáticas de fato e de direito, dentro dos poderes processuais de que puder dispor” (ZANETI JR., 2015, p. 275-276).

Feitas essas observações, cabe anotar que a identificação do tema é de suma importância, pois é essa identificação que vai pautar a suspensão dos processos pendentes nos diversos tribunais do país, caso determinada na decisão de afetação. A precisa delimitação do tema, conforme ressalta Wambier, não apenas diminui a incidência de

suspensões equivocadas, como também torna mais fácil para as partes o uso da técnica de distinção, prevista no § 9º do art. 1.037, do CPC⁷² (WAMBIER, 2020, p. 1.143).

Conquanto seja expressa a previsão de que o relator “determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional” (art. 1.037, II, do CPC), prevalece no STJ o entendimento de que essa suspensão não é automática⁷³. Com efeito, é possível que a afetação de certos temas não justifique a paralisação de processos, ou que seja necessária uma modulação dessa decisão, de acordo com a conveniência. Não é razoável, por exemplo, que uma demanda na qual diversos pedidos são cumulados fique completamente paralisada em virtude da afetação de uma questão jurídica prejudicial a um ou a apenas alguns desses pedidos. É o critério da racionalidade que deve nortear a suspensão.

Quanto à escolha do representativo da controvérsia, a norma teve o cuidado trazer em seu texto a importância de que os recursos selecionados sejam admissíveis e de que contenham abrangente argumentação acerca da matéria repetitiva a ser julgada (art. 1.036, § 6º, do CPC).

O Regimento Interno do STJ procurou detalhar essa última exigência, dispondo sobre necessidade de que a escolha recaia sobre processos com a maior diversidade de argumentos no recurso especial e de fundamentos constantes do acórdão, dando ênfase, inclusive, à possível divergência entre os órgãos julgadores do Tribunal de origem, com a representação de todas as teses em confronto⁷⁴.

⁷² “Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do *caput* do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento;

II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

III - poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

[...]

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo” (CPC/2015).

⁷³ A propósito da possibilidade de se decidir sobre a não suspensão dos processos ou sobre a modulação da decisão, confirmam-se: ProAfR no REsp n. 1.696.396/MT, Corte Especial, DJe: 28/2/2018 e ProAfR no REsp n. 1.850.512/SP, Corte Especial DJe: 4/12/2020.

⁷⁴ “Art. 256. Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou ao vice-presidente dos Tribunais de origem (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal), conforme o caso, admitir dois ou mais recursos especiais representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais processos, individuais ou coletivos, suspensos até o pronunciamento do STJ.

A necessidade de máxima ampliação do escopo de cognição do recurso se justifica diante da prejudicialidade imposta aos terceiros que suportarão os efeitos da decisão a ser proferida no paradigma. O debate argumentativo deve ser o maior possível possibilitando a exata compreensão da controvérsia, devendo, conforme esclarece Luis Rodrigues Wambier, “ser selecionados recursos em que os subsídios jurídicos e fáticos possam dar ao Tribunal Superior a mais exata compreensão da questão repetitiva e do conflito em que está inserida” (WAMBIER, 2020, p. 1.141).

A seleção adequada do recurso representativo possibilitará uma melhor identificação dos fatos fundamentais da causa e a formulação de uma *ratio decidendi*. Por esse motivo, outras peças processuais, além daquelas elencadas na Lei e no Regimento, podem e devem também ser examinadas no momento da seleção dos recursos piloto, merecendo destaque especial as contrarrazões ao recurso especial, diante dos princípios do contraditório e da ampla defesa que devem sempre nortear a condução do processo.

Além disso, é importante que as partes dos processos escolhidos representem da melhor maneira possível os direitos daqueles que poderão ser afetados pela decisão⁷⁵. Não se pode perder de vista que da decisão tomada no recurso especial repetitivo surgirão efeitos jurídicos que transcendem os interesses das partes do recurso objeto de afetação.

De acordo com a teoria de MacCormick, a decisão proferida em um precedente fornece uma regra universalizável que passa a ser utilizada como critério para as próximas

§ 1º Os recursos especiais representativos da controvérsia serão selecionados pelo Tribunal de origem, que deverá levar em consideração o preenchimento dos requisitos de admissibilidade e, preferencialmente:
I - a maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos no recurso especial;
II - a questão de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso;
III - a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto” (dispositivos incluídos pela Emenda Regimental n. 24, de 2016). (RISTJ. Superior Tribunal de Justiça. Atualizado até a Emenda Regimental n. 40 de 29/10/2021. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>, Acesso em 31/10/2021).

⁷⁵ No voto-vista que proferiu no julgamento do REsp n. 911.802/RS, o Ministro Herman Benjamin fez uma importante reflexão sobre a relevância da representatividade das partes envolvidas no caso paradigma destinado a formar um “precedente” judicial. Salientou o Ministro que o caso selecionado naquela oportunidade para ser afetado à Primeira Seção para o enfrentamento da matéria que envolvia “pontos complexos” e que afetaria “milhões de jurisdicionados” não seria adequado, pois teria sido escolhida “uma ação individual, de uma contratante do Rio Grande do Sul, triplamente vulnerável na acepção do modelo constitucional welfarista de 1988 - consumidora, pobre e negra -, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias ações civis públicas, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora. Ou seja, inverteu-se a lógica do processo civil coletivo: em vez da ação civil pública fazer coisa julgada *erga omnes*, é a ação individual que, por um expediente interno do Tribunal, de natureza pragmática, de fato transforma-se, em consequência da eficácia uniformizadora da decisão colegiada, em instrumento de solução de conflitos coletivos e massificados” (STJ. REsp n. 911.802/RS, Relator Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJe de 1/9/2008).

decisões. Dessa forma, a autoridade do precedente depende da formulação de argumentos que possam ser aplicados a todos os casos semelhantes no futuro⁷⁶.

Nesse contexto, um precedente formado a partir de um caso que apresente uma argumentação deficiente, que não contenha todos os elementos necessários ao conhecimento da matéria afetada ou cujas partes não sejam adequadas para representar o direito dos terceiros que suportarão os efeitos da decisão, não conterà a necessária autoridade argumentativa.

Outro aspecto fundamental para trazer a representatividade adequada para o julgamento diz respeito à permissão que o STJ deve dar a terceiros para que apresentem suas contribuições e subsídios à prestação jurisdicional. Essa ampliação do contraditório deve ocorrer por meio da solicitação ou da admissão de manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (os *amici curiae*) ou da designação de audiência pública, com a finalidade de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, a fim de instruir o procedimento (art. 1.038, I e II, do CPC).

A decisão judicial proferida no julgamento do recurso repetitivo tem por objetivo, além de resolver o caso concreto, firmar um precedente universalizável, ou seja, como dito, estabelecer uma solução jurídica que será utilizada como fonte argumentativa para decisões futuras. Desse modo, sabendo-se que essa decisão poderá alcançar o direito de quem não teve a oportunidade de participar do contraditório e, portanto, apresentar os fundamentos que entende pertinentes para a solução da controvérsia, é de suma importância que se faça uma ampliação do debate.

O debate qualificado pela pluralidade de argumentos é o que torna o processo mais democrático e confere efetividade ao princípio devido processo legal, garantindo direito de participação àqueles que podem porventura ser afetados pela decisão judicial. Assim, o julgamento do caso repetitivo não pode ocorrer sem que haja um prévio e necessário questionamento de como se dará a participação desses terceiros interessados.

⁷⁶ Para MacCormick, “O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado. As duas implicações são implicações de adesão ao princípio da justiça formal; e quem quer que concorde quanto ao dever dos juízes de acatar o princípio da justiça formal está comprometido com essas duas implicações” (MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 96).

Conforme destaca Alexandre Freitas Câmara, não há como assegurar que os recursos afetados sejam capazes de conter todos os fundamentos da tese jurídica debatida, favoráveis ou contrários ao seu acolhimento. Assim, é fundamental que se criem mecanismos destinados a assegurar que o maior número possível de fundamentos seja levado à cognição do Tribunal, possibilitando uma deliberação qualificada, “capaz de produzir uma decisão que analisa a matéria objeto do debate de forma panorâmica, tão completa quanto possível, o que se revela essencial para a estabilidade do entendimento que será fixado pelo padrão decisório que será criado” (CÂMARA, 2018, 231).

A representatividade adequada, prevista no art. 138 do CPC e repetida no art. 256-J, do RISTJ, segundo Câmara, é um conceito que se desenvolve a partir das *class actions* do Direito norte-americano, o qual “admite a possibilidade de que direitos e interesses individuais sejam defendidos em juízo por pessoas distintas de seus titulares, sem que poderes específicos lhes tenham sido conferidos para tanto de forma voluntária mediante contrato de mandato ou outra forma de autorização” (CÂMARA, 2018, p. 190-191).

Nessa ordem de ideias, o exame da questão relativa à ampliação do contraditório, por meio da participação dos *amici curiae* e da realização de audiências públicas, não pode ser examinada sem que se faça uma prévia reflexão sobre a importância da representatividade dos intervenientes que poderão apresentar argumentos para auxiliar a Corte na tomada de decisão.

Eduardo Talamini define o *amicus curiae* (ou amigo da corte) como o “terceiro admitido no processo para fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução de causa revestida de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas relativas às partes – nem mesmo limitada e subsidiariamente como o assistente simples”. Para o autor, a representatividade exigida não tem o sentido de legitimação, e sim de qualificação, esta entendida como potencialidade de aportar elementos úteis para a solução do processo ou incidente (TALAMINI, 2016).

Examinando por outro ângulo, Dierle Nunes, ao discorrer sobre a ampliação do debate na formação dos precedentes, destaca que, conquanto os *amici* sejam uma figura essencial, merecendo ter seus argumentos analisados, o requisito da representatividade adequada deve ser observado pois “não podemos vislumbrar o *amicus* como uma figura, por essência, imparcial e neutra, uma vez que sua intervenção pode se dar com um cunho estratégico, especialmente pela percepção que parcela dos litigantes habituais (*repeat*

players) vêm usando da litigância estratégica, de modo a impactar a aplicação do direito e construir padrões decisórios benéficos a seus interesses” (WAMBIER et. al., 2016).

Embora o limite desta investigação não permita uma análise aprofundada do tema relacionado ao acesso à justiça, nesse ponto, vale fazer uma reflexão sobre os problemas que os litigantes eventuais (ou *one-shooters*), conforme a definição de Marc Galanter, adotada por Mauro Capelletti e Bryant Garth⁷⁷, enfrentam nas demandas diante da falta de paridade das armas com os litigantes habituais (*repeat players*).

Nesse contexto, considerando que os indivíduos, notadamente aqueles com menores recursos, tenham maior dificuldade de acesso à justiça principalmente quando pretendem reivindicar seus direitos em face das grandes organizações, Capelletti e Garth, asseveram a necessidade de se saber identificar os possíveis obstáculos que os chamados litigantes eventuais podem vir a enfrentar na resolução de litígios, de forma a propiciar meios de facilitação ao efetivo acesso à justiça. A questão é assim vista pelos juristas:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de "efetividade" é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa "igualdade de armas" - a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e deverem ser atacados? A identificação desses obstáculos,

⁷⁷ Conforme explicam Capelletti e Garth: “O professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes "eventuais" e "habituais", baseado na frequência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, a que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos "habituais", de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos. Há menos problemas em mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que, com frequência, se dá exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar o amparo do sistema judicial.

Essa desigualdade relativamente ao acesso pode ser atacada com maior eficiência, segundo Galanter, se os indivíduos encontrarem maneiras de agregar suas causas e desenvolver estratégias de longo prazo, para fazer frente às vantagens das organizações que eles devem amiúde enfrentar” (CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 25-26).

consequentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p. 15).

Assim, é de fundamental importância que ao se proceder à ampliação do debate, admitindo-se a intervenção dos *amici curiae*, a autorização para a participação desses terceiros no processo não sirva como um meio para ampliar as vantagens que os litigantes habituais possuem em relação aos eventuais, mas sim para que seja prestada uma efetiva contribuição à solução da causa. Ou seja, é necessário que haja um equilíbrio na admissão dos terceiros de forma a assegurar a defesa de todos os interesses envolvidos.

Outra possibilidade de contribuição para a maior amplitude de análise da questão de direito afetada está na faculdade conferida ao relator de determinar a realização de audiência pública para possibilitar a oitiva de depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Conforme salienta Nunes, “Esta possibilidade, utilizada parcamente na atualidade no STF e STJ, vem permitindo aos magistrados a otimização dos julgamentos dentro do lema: *julgar bem, desde a primeira vez, para que se evitem rejuízos de casos idênticos em face da omissão na análise de argumentos*” (WAMBIER et. al., 2016).

Sanseverino dá especial destaque as audiências públicas realizadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ocasião “em que se abre efetiva oportunidade de manifestação a todos os interessados, não se exigindo que tenham formação jurídica e permitindo-se um amplo debate acerca do tema afetado” (SANSEVERINO, 2019, p. 767).

Câmara defende que, sempre que se verifique a existência de pessoas com experiência e conhecimento na matéria dispostas a se manifestar e que não tenham intervindo de algum outro modo no processo, deve ser considerada obrigatória a designação de audiência pública a fim de “permitir que venham para o processo aqueles que podem se manifestar pelos titulares de interesses ainda não representados”. (CÂMARA, 2018, p. 236).

Não obstante a importância do instituto, o que se observa é que, na prática, essas audiências públicas ainda são raras no STJ. Por meio de pesquisa realizada na página de “precedentes qualificados” do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça foi possível

identificar, até o dia 6/11/2021, apenas 10 (dez) temas repetitivos, efetivamente julgados ou aguardando julgamento, nos quais houve a realização de audiências públicas⁷⁸.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que outros subsídios para o julgamento da questão jurídica podem surgir a partir das informações a respeito da controvérsia prestadas pelos Tribunais inferiores e da manifestação apresentada pelo Órgão do Ministério Público Federal, na qualidade de fiscal da Lei, providências também previstas como parte do procedimento de instrução do recurso especial repetitivo (1.038, III, do CPC).

Percebe-se, do quanto exposto, a crucial importância, para a formação dos precedentes, dos procedimentos iniciais de afetação e de instrução do recurso especial repetitivo, por meio (i) da adequada e precisa identificação da questão de direito afetada, (ii) da escolha apropriada dos recursos representativos da controvérsia, pautada na diversidade dos argumentos contidos nos processos e na representatividade das partes, e (iii) da efetiva e democrática ampliação do contraditório, permitindo a participação de terceiros que possam contribuir para a solução da controvérsia.

A formação de um debate qualificado pela pluralidade de argumentos é o que vai propiciar um julgamento pautado na racionalidade com o enfrentamento de todos os pressupostos que envolvem a interpretação do Direito em questão, possibilitando, assim,

⁷⁸ Temas repetitivos, efetivamente julgados ou aguardando julgamento no STJ, com audiências públicas realizadas: i) Tema n. 710/STJ: “Discussão acerca da natureza dos sistemas de scoring e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor capaz de gerar indenização por dano moral” ii) Tema n. 898/STJ: “Controvérsia referente à atualização monetária das indenizações previstas no art. 3º da Lei 6.194/74, com redação dada pela Medida Provisória n. 340/2006, convertida na Lei 11.482/07”; iii) Tema n. 907/STJ: “Discute a definição sobre o regulamento aplicável ao participante de plano de previdência privada para fins de cálculo da renda mensal inicial do benefício complementar”; iv) Tema n. 938/STJ, que trata da “Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária” e outras questões subjacentes; v) Tema n. 939: “Discute-se a legitimidade passiva da incorporadora (promitente vendedora) para responder pela restituição da comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), sob o fundamento da abusividade da transferência desses encargos ao consumidor”, vi) Tema n. 970/STJ: “Definir acerca da possibilidade ou não de cumulação da indenização por lucros cessantes com a cláusula penal, nos casos de inadimplemento do vendedor em virtude do atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou promessa de compra e venda”; vii) Tema n. 971/STJ: “Definir acerca da possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento da construtora em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda”; ix) Tema n. 992: “É possível o cumprimento da medida socioeducativa até os 21 anos de idade, aplicada a adolescente em razão de fato praticado durante a menoridade”; e x) Tema n. 1.016/STJ “(a) Validade de cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária; e (b) Ônus da prova da base atuarial do reajuste”. .Dados extraídos do campo de pesquisa de “precedentes qualificados” do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1&tt=T. Acesso em 6/11/2021.

a eventual formação de um precedente judicial propriamente dito, no julgamento do recurso especial repetitivo.

3.3 O julgamento do recurso especial representativo da controvérsia

Encerradas as fases de seleção, afetação e instrução do recurso especial repetitivo, caberá ao relator do processo no STJ remeter cópia do relatório aos demais ministros que compõem o Órgão julgador (Seção especializada, em razão da matéria, ou Corte Especial) e determinar a inclusão do processo em pauta para julgamento, com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (art. 1.038, § 2º, do CPC).

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça determina seja observado o prazo máximo de um ano para o julgamento do tema repetitivo, a contar da data da publicação da afetação (art. 256-N, § 2º, do RISTJ).

No mais, o recurso representativo da controvérsia repetitiva segue o mesmo rito de julgamento dos recursos especiais comuns e se sujeita aos mesmos requisitos de admissibilidade destes (por isso a exigência contida no § 6º, do art. 1.036, do CPC, de que os recursos selecionados sejam admissíveis).

Nessa ordem de ideias, cumpre observar que a competência do STJ, no julgamento do recurso especial (repetitivo ou não), se limita à verificação da correta aplicação da lei federal nas causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais de segundo grau (art. 105, III, da CF). Ou seja, a norma objeto de discussão deve ser necessariamente uma lei federal⁷⁹ e o prévio esgotamento dos recursos cabíveis nas instâncias ordinárias é requisito objetivo para o cabimento do recurso.

Ademais, o conhecimento do recurso requer que a interpretação do dispositivo de lei federal em questão tenha sido objeto de debate no acórdão recorrido e que os fatos da

⁷⁹ Não cabe ao STJ a análise de recurso que tenha por fundamento violação, negativa de vigência ou divergência na interpretação de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de “lei federal”, tais como normas de direito local, enunciados de súmula, resoluções, instruções normativas, portarias, circulares, regulamentos ou regimentos internos dos tribunais. A propósito, confirmam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no AREsp 1849248/MG, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 11/10/2021, DJe 15/10/2021; AgInt no AREsp 1784132/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/06/2021, DJe 01/07/2021; AgInt no REsp 1725755/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 13/09/2019; AgRg no AResp 1760614/MG, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 28/09/2021, DJe 04/10/2021.

causa tenham sido delimitados nas instâncias ordinárias, uma vez que o STJ não pode decidir sobre matéria não prequestionada pelo Tribunal de origem, nem reexaminar provas ou interpretar cláusulas contratuais, no julgamento do recurso especial, conforme os Enunciados n. 5⁸⁰, 7⁸¹ e 211⁸² de sua Súmula.

São elementos essenciais do acórdão proferido no julgamento do recurso especial repetitivo aqueles previstos no art. 489 do CPC, aplicáveis a todas as decisões judiciais (relatório, fundamentação e dispositivo).

Além disso, de acordo com o previsto no art. 1.038, § 3º, do CPC, o conteúdo do acórdão deve abranger a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida. Essa disposição encontra-se regulada no art. 104-A do RISTJ, o qual determina que o acórdão do recurso repetitivo contenha: (I) os fundamentos favoráveis ou contrários, entendidos esses como a conclusão dos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, respectivamente, confirmar ou infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador; (II) a determinação dos fundamentos determinantes do julgado, sendo que, para a definição destes, o processo poderá ter etapas diferentes de deliberação, caso o órgão julgador, mesmo com votos convergentes, tenha adotado fundamentos diversos para a solução da causa (art. 104-A, § 1º, do RISTJ); (III) a tese jurídica firmada pelo órgão julgador; e (IV) a solução dada ao caso concreto.

Quanto ao ponto, sobressai a regra do Regimento Interno do STJ relativa à imprescindibilidade do compartilhamento majoritário dos fundamentos determinantes para a realização do julgamento. Essa disposição regimental evidencia o fato de que o padrão decisório vinculante, estabelecido no recurso especial repetitivo, deve ser extraído da fundamentação do julgado e não da conclusão alcançada pelo órgão julgador.

Assim, para viabilizar essa convergência de fundamentos e prestigiar o sistema majoritário, prevê, ainda, o § 2º do art. 104-A do RISTJ que o Presidente do órgão julgador, identificando que “o(s) fundamento(s) determinante(s) para o julgamento da causa não possui(em) a adesão da maioria dos votos dos Ministros, convocará, na mesma

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 5: “A simples interpretação de clausula contratual não enseja recurso especial” (Corte Especial, julgado em 10/5/1990, DJ 21/5/1990, p. 4407).

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7: “A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial” (Corte Especial, julgado em 28/6/1990, DJ 3/7/1990, p. 6478).

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” (Corte Especial, julgado em 01/07/1998, DJ 03/08/1998, p. 366).

sessão de julgamento, nova etapa de deliberação, que contemplará apenas a definição do(s) fundamento(s) determinante(s)”.

Sabe-se que a fundamentação é meio de legitimação da atividade jurisdicional. Conforme elucidam Bonat e Hartmann Peixoto, “A construção de um precedente ocorre pela maturação metodológica de ler e compreender a situação litigiosa, distinguir os aspectos relevantes dos que não são determinantes para aquele julgamento e construir uma fundamentação adequada para a resolução do caso” (BONAT e HARTMANN PEIXOTO, 2020, p. 91).

Para MacCormick, a legitimidade do precedente pressupõe uma justificação racional para alcançar uma conclusão para o caso concreto. O jusfilósofo explica que os juízes devem adotar decisões que sejam justificadas nos termos da lei, mas que, para isso, eles “precisam aplicar-se para descobrir qual das decisões pretendidas pelas partes de um processo está devidamente justificada”, declarando e explanando publicamente as razões justificatórias para as decisões tomadas (MACCORMICK, 2006, p. 23).

No modelo de argumentação jurídica proposto por MacCormick, na obra “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”, são identificados dois níveis de justificação no processo decisório. No primeiro nível, chamado de justificação de primeira ordem, o raciocínio do julgador deve ser feito pela argumentação lógico-dedutiva⁸³, conectando-se as premissas maior (normas válidas de direito) e menor (fatos comprovados) e atingindo-se uma conclusão lógica.

O segundo nível, chamado de justificação de segunda ordem, é utilizado nos casos em que o silogismo não se mostra suficiente para justificar a decisão, “porque as normas não são claras, porque a correta classificação dos fatos pertinentes é questionável ou mesmo por haver controvérsia quanto a haver ou não fundamento legal para alguma reivindicação ou decisão nos termos do direito” (MACCORMICK, 2006, p. 127). Nesses casos, como destaca Manuel Atienza, ao comentar a obra jurista escocês, os chamados

⁸³ MacCormick resume a argumentação lógico-dedutiva da seguinte forma: “considerando-se que os tribunais realmente fazem ‘constatações de fatos’ e que essas, sejam elas corretas ou não, para efeitos legais contam como se fossem verdadeiras; considerando-se que as normas legais podem (pelo menos às vezes podem) ser expressas na forma ‘se p, então q’; e considerando-se que ocorre, pelo menos às vezes, que os ‘fatos’ constatados sejam exemplos inequívocos de ‘p’; logo às vezes ocorre que uma conclusão legal seja derivada de modo válido por lógica dedutiva a partir da proposição do direito e da proposição dos fatos que tenham servido de premissas; e, portanto, uma decisão legal que ponha em efeito essa conclusão legal é justificada por referência a essa argumentação” (MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 46).

casos difíceis, “para além dessa justificação de primeiro nível haveria uma de segundo nível regida pelos critérios da racionalidade prática: universalidade, consistência, coerência e adequação das consequências” (ATIENZA, 2014, p. 363).

A universalidade está ligada à ideia imparcialidade, ou seja, o critério para a solução do caso presente deve ser o mesmo utilizado em casos anteriores. A consistência diz respeito à necessidade de a decisão não contrariar outras normas válidas e a coerência à necessidade de não contrariar as regras, os princípios e os valores que regem o sistema jurídico. Por fim, os argumentos consequencialistas se referem à necessidade de serem avaliadas as consequências práticas da solução escolhida.

Nesse contexto, se existe a pretensão de que os fundamentos determinantes do recurso especial repetitivo sejam compreendidos como a *ratio decidendi* de um precedente judicial propriamente dito, ou seja uma regra universalizável, de acordo com a doutrina aqui adotada, é fundamental que o julgamento do recurso representativo da controvérsia deixe claras as premissas consideradas, inclusive as fáticas, e todos os elementos componentes da fundamentação que foram capazes de levar à conclusão perfilhada.

Bustamante observa que a autoridade do precedente está relacionada à especificidade da regra nele estabelecida, assim, “quanto mais geral for uma norma enunciada na fundamentação de uma decisão”, maior o número de casos que ela capaz de solucionar, mas menor é seu grau de vinculatividade. Por outro lado, quanto mais concreta for a regra derivada de um caso, maior será sua vinculatividade para os casos futuros (BUSTAMANTE, 2012, p. 340).

Feitas essas considerações, uma outra previsão contida no Regimento Interno do STJ merece destaque. Segundo dispõe o art. 256-Q do RISTJ, “No julgamento de mérito do tema repetitivo, o relator ou o Ministro relator para acórdão delimitará objetivamente a tese firmada pelo órgão julgador”.

O Código de Processo Civil, em várias oportunidades, faz referência às teses firmadas nos julgamentos de recursos repetitivos e determina a sua “aplicação”⁸⁴, mas em

⁸⁴ A respeito da aplicação das teses firmadas nos julgamentos de recursos repetitivos, confirmam-se seguintes dispositivos do CPC: (i) “Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) [...] § 2º Estão excluídos da regra do *caput*: [...] II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos; [...]”; (ii) “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: [...] Parágrafo único. Considera-se omissa a

nenhum momento a Lei determina que tais teses devam ser objetivamente delimitadas. A preocupação nesse ponto é a de que essas teses estabelecidas a partir dos temas afetados sejam formuladas como um enunciado normativo genérico e abstrato, como ocorre na elaboração de súmulas, para que sejam posteriormente aplicadas de maneira padronizada. Em outras palavras, de que a tese, e não a *ratio decidendi* do julgado, seja considerada como o elemento vinculante do padrão decisório estabelecido, o que praticamente inviabilizaria a possibilidade de se fazer o *distinguishing* nos casos subsequentes.

É claro que as teses objetivas podem ser úteis ao sistema de recursos repetitivos, colaborando para a visibilidade dos julgamentos, servindo como início de orientação para as Cortes inferiores e facilitando o acesso ao efetivo conteúdo do eventual precedente formado. Mas só é possível vislumbrar uma norma jurídica universalizável, isto é, um precedente, quando se puder extrair da fundamentação do acórdão do julgamento piloto sua *ratio* ou suas *rationes decidendi*, a partir da identificação dos seus fatos fundamentais, cotejados com os fatos do caso subsequente, ou seja, *ratio* e tese não se confundem.

As teses estabelecidas no julgamento dos Temas Repetitivos n. 246 e 247 do STJ, julgados pela Segunda Seção do STJ, ainda sob a égide do art. 543-C do CPC/1973, que acabaram originando também uma súmula, servem como um exemplo de enunciados genéricos e abstratos formulados a partir da orientação firmada no julgamento de um recurso repetitivo, os quais, se considerados isoladamente, podem levar a uma aplicação errada do entendimento estabelecido pelo órgão colegiado.

O recurso selecionado como representativo da controvérsia desses temas foi o REsp n. 973.827/RS⁸⁵, tendo sido inicialmente definida como questão jurídica a ser submetida a julgamento “a possibilidade ou não de capitalização de juros mensais em contratos bancários, especialmente após a entrada em vigor do art. 5º da Medida Provisória n. 2.170-36/2001”.

O caso piloto tratava de uma ação revisional de um contrato de financiamento de bem móvel garantido por alienação fiduciária, firmado entre um particular e um banco, e de uma ação de busca e apreensão conexa. O autor da ação revisional buscou a declaração

decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; [...]” e “Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada. [...]” (CPC/2015).

⁸⁵ Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 973.827/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 8/8/2012, DJe 24/9/2012.

de nulidade de cláusulas supostamente abusivas contidas no ajuste, entre elas a referente a juros capitalizados mês a mês. A sentença julgou improcedente o pedido revisional. O acórdão, por maioria, deu parcial provimento à apelação reconhecendo a existência de relação de consumo entre as partes e, quanto à questão de direito afetada, afirmou ser “incabível a capitalização mensal de juros, em contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária, devendo incidir a anual, nos termos do art. 591 do Código Civil”. No julgamento dos embargos infringentes, o Tribunal estadual manteve a proibição da capitalização dos juros, em período inferior a um ano, por entender inconstitucional a MP n. 2.170-36/2001, mas acrescentou que, no caso concreto, inexistia expressa disposição contratual prevendo tal encargo, o que violaria o princípio da boa-fé objetiva e o direito básico do consumidor à informação.

O banco, no recurso especial, apontou violação dos arts. 4º, VI e IX, da Lei n. 4.595/1964 e 5º da MP n. 1.963-17/2000 (sucessivamente reeditada até a MP n. 2.170-36/2001), defendendo que, nos contratos de mútuo bancário, posteriores a 31/3/2000, é possível a capitalização mensal, desde que pactuada, salientando que, no caso, os juros foram estipulados em valores prefixados, sendo de pleno conhecimento do recorrido, pois calculados com base na taxa anual constante do instrumento.

O relator do recurso repetitivo, Ministro Luis Felipe Salomão, delimitou a controvérsia ao exame da “capitalização de juros nos contratos bancários”, mas, logo no início do voto, fez a ressalva de que, “o presente apelo não abrange os contratos relativos ao Sistema Financeiro Habitacional, pois quanto a eles já houve definição da matéria no julgamento do REsp 1.070.297/PR”. Em seguida, o relator passou à análise da legislação sobre a matéria, acentuando, ao longo da fundamentação, que, especificamente quanto às Cédulas Crédito Rural, Comercial e Industrial, existe legislação própria autorizando o pacto de capitalização de juros e que, sobre esses contratos, o STJ se pronunciou em outra oportunidade. Prosseguindo na fundamentação, o relator manifestou entendimento no sentido de admitir a capitalização mensal de juros em contratos bancários firmados posteriormente à edição da MP n. 1.963-17/2000, a qual expressamente autorizou essa forma de pactuação, para, logo em seguida tratar da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao caso em análise, destacando que “tratando-se de contrato regido pelo Código de Defesa do Consumidor-CDC (Súmula 297/STJ), é certo que suas cláusulas devem ser claras e transparentes, possibilitando ao consumidor o pleno conhecimento das obrigações”. As teses propostas pelo Relator foram as seguintes: “a) é

permitida a capitalização mensal de juros nos contratos bancários firmados após 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/00, desde que expressamente pactuada. b) a pactuação mensal dos juros deve vir estabelecida de forma expressa, portanto é necessário que o contrato seja transparente e claro o suficiente a ponto de cumprir o dever de informação previsto no Código de Defesa do Consumidor”.

Em voto-vista, a Ministra Maria Isabel Gallotti adotou fundamentação semelhante à do Ministro relator quanto à legislação aplicável, reconhecendo haver autorização para a cobrança de juros capitalizados mês a mês após a edição da Medida Provisória mencionada e ser necessária a pactuação expressa para essa forma de cobrança de juros, nos contratos de consumo. Mas, ao prosseguir no voto, apresentou uma concepção diferente do que seriam juros capitalizados, concluindo que “A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica, portanto, capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto”. Diante disso, para a Ministra, “o Decreto 22.626/33 não proíbe a técnica de formação de taxa de juros compostos (taxas capitalizadas), a qual, [...], não se confunde com capitalização de juros em sentido estrito (incorporação de juros devidos e vencidos ao capital, para efeito de incidência de novos juros, prática vedada pelo art. 4º do citado Decreto, conhecida como capitalização ou anatocismo)”, razão pela qual, quanto ao primeiro ponto (item “a”), concordou com a tese proposta pelo Ministro relator, mas, em relação ao segundo (item “b”), propôs a seguinte tese: “A pactuação mensal dos juros deve vir estabelecida de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”, a qual acabou prevalecendo, por maioria de votos.

Assim, as teses repetitivas que solucionaram a “Questão referente à possibilidade ou não de capitalização de juros mensais em contratos bancários, especialmente após a entrada em vigor do art. 5º da Medida Provisória n. 2170-36/2001”, constantes da página de “Precedentes Qualificados” do STJ⁸⁶, estão assim dispostas:

Tese firmada no tema repetitivo n. 246/STJ: “É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da

⁸⁶ Superior Tribunal de Justiça: pesquisa por Precedentes Qualificados (Repetitivos), informando os números dos Temas. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp, acesso em 10/11/2021.

publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada”.

Tese firmada no tema repetitivo n. 247/STJ: “A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”.

A Tese n. 247/STJ, deu origem à Súmula n. 541/STJ: “A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”⁸⁷.

Do simples cotejo do resumo do julgamento em questão com os enunciados transcritos, é possível perceber que os enunciados dizem muito menos do que o que foi decidido, apresentando uma generalização do entendimento firmado, sem delimitar as hipóteses em que pode ser aplicado. Assim, se o julgador do caso sucessivo considerar apenas as teses ou a Súmula como critério para aplicação do “precedente”, pode-se antever a indevida aplicação desses entendimentos a quaisquer contratos bancários, firmados entre quaisquer partes e sem qualquer distinção entre o que sejam juros capitalizados e a formação da taxa de juros compostos.

Tomemos o exemplo de um juiz de um novo caso que se deparar com o questionamento sobre a possibilidade de cobrança de juros capitalizados em um contrato de financiamento (também de bem móvel e com garantia fiduciária) firmado entre uma empresa locadora de veículos de grande porte e uma instituição financeira. Esse juiz poderá vedar a capitalização não contratada de forma expressa com base nesse julgamento repetitivo? Se analisarmos o voto, no ponto em que tratou da necessidade de informação clara sobre a pactuação do encargo, a resposta será negativa. Isso porque o que fundamentou a vedação dessa cobrança foi a existência de relação consumo, ou seja, a *ratio decidendi* decorreu do fato de o CDC ser aplicável à relação estabelecida entre as partes do caso concreto. Se essa hipótese não pode ser verificada no caso sucessivo, o “precedente” não pode servir de fundamentação para a sua solução. Isso não quer dizer, necessariamente, que a cobrança questionada seja legítima, mas apenas que o caso não pode ser decidido pela aplicação do precedente.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 541, Segunda Seção, julgado em 10/6/2015, DJe de 15/6/2015.

Outros questionamentos podem surgir quanto à possibilidade de aplicação do entendimento a outras modalidades contratuais, diversas da tratada no caso concreto, sendo que, para alguns desses contratos, a resposta sobre a aplicabilidade ou não do entendimento pode ser encontrada no próprio “precedente”, como nos casos de financiamento habitacional e de Cédulas de Crédito Rural, Comercial e Industrial, expressamente excepcionados do entendimento firmado, enquanto para outros, não explicitamente abordados, será necessária uma análise aprofundada da motivação adotada pelo Órgão Colegiado para compreender se há ou não uma coincidência de fatos materiais.

Vale salientar que, muito embora esse raciocínio para a aplicação do precedente seja sempre necessário, a situação concreta tratada no caso piloto referido é corriqueira. São milhares de processos tratando se situações praticamente idênticas (mesmo tipo de contrato, cláusula identicamente redigida e consumidor discutindo a abusividade dessa cláusula). Assim, para esses casos, é comum que o juiz do caso sucessivo faça uma simples citação da tese firmada no “precedente”, conquanto entenda-se aqui que é necessário fazer pelo menos uma breve referência a esses fatos, sendo certo que o juiz não precisará percorrer novamente todo o caminho traçado no julgamento piloto para chegar à mesma conclusão. O fundamental é que, sempre que se encontrar alguma diferença nos fatos, essas diferenças sejam tratadas de forma explícita e que, caso o juiz entenda que a diferença não se refira a fatos fundamentais, essa conclusão seja justificada a partir da *ratio* do caso piloto.

Conquanto a elaboração dessas teses continue a ser apenas uma forma de resumir a orientação firmada no julgamento do repetitivo (e, na visão aqui adotada, sempre será), percebe-se que, principalmente após o advento do CPC/2015, há uma tendência à elaboração de enunciados mais precisos, com indicações pormenorizadas do que foi o efetivo objeto do julgamento repetitivo.

Tome-se, por exemplo, o tema n. 955/STJ⁸⁸, em que se discutiu, a “Inclusão, nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria das horas extraordinárias habituais, incorporadas ao salário do participante de plano de previdência privada por decisão da justiça trabalhista”, firmando as seguintes teses:

⁸⁸ Superior Tribunal de Justiça: REsp 1.312.736/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 8/8/2018, DJe 16/8/2018.

I - A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria; II - Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho; III - Modulação de efeitos (art. 927, § 3º, do CPC/2015): para as demandas ajuizadas na Justiça Comum até a data do presente julgamento, e ainda sendo útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso; IV - Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa do ente fechado de previdência complementar.

Percebe-se que as teses são longas, justamente porque procuram retratar várias das particularidades fáticas que levaram às conclusões alcançadas pela decisão, tais como, o plano ter sido firmado com entidade fechada de previdência privada (e não aberta), o fato de o benefício de complementação de aposentadoria já ter sido concedido ao participante do plano (o autor da ação era aposentado) e a circunstância de a verba reconhecida pela Justiça Trabalhista ter natureza remuneratória.

Nada obstante, da leitura do voto ainda é possível extrair fatos não destacados na tese, os quais, caso não encontrados no julgamento subsequente, podem ser igualmente importantes para estabelecer a aplicabilidade ou não do precedente, como, *v.g.*, a premissa, necessária para a conclusão adotada, de haver “previsão, no regulamento do plano de previdência privada, de que as parcelas de natureza remuneratória devem ser inseridas na base de cálculo das contribuições a serem recolhidas (pelo patrocinador e pelo participante) e ainda servir de parâmetro para o cálculo da renda mensal inicial do benefício de suplementação de aposentadoria”, verificada, no caso concreto, conforme constou do voto do relator.

Em vista dos argumentos apresentados, é possível perceber que a questão de direito objeto do recurso especial repetitivo, uma vez julgada, pode vir a dar origem a um precedente judicial e servir como fonte argumentativa para o julgamento de casos sucessivos, nos termos aqui estudados. Mas, para que isso ocorra, é necessário que se possa extrair da fundamentação desse julgamento uma regra ou um princípio a partir dos fatos materiais da causa, sendo certo que a tese, objetivamente delimitada pelo relator do acórdão proferido no recurso representativo da controvérsia, não pode ser considerada o próprio precedente.

Resta, portanto, proceder ao exame da última etapa da formação do “precedente judicial” nos recursos especiais repetitivos, qual seja, a aplicação do entendimento firmado nos casos sucessivos.

3.4 A aplicação do entendimento firmado nos processos sucessivos

O presente trabalho tem por objetivo investigar a formação do precedente no recurso especial repetitivo, considerando o precedente judicial tal como compreendido nos sistemas da tradição da *common law*, a partir dos ensinamentos de Neil MacCormick. Assim, cabe lembrar que o precedente, segundo a doutrina escolhida, não é estabelecido no momento em que julgado o caso antecedente, mas sim por ocasião da aplicação dos fundamentos determinantes do paradigma ao caso subsequente, uma vez observada a identidade dos fatos materialmente relevantes nos casos cotejados. Conforme observa Taruffo, é “o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma – por assim dizer – ‘cria’ o precedente” (TARUFFO, 2011, p. 2).

Seguindo nesse raciocínio, o procedimento de formação do “precedente” no recurso especial repetitivo prosseguirá após a publicação do acórdão paradigma, momento a partir do qual a decisão do STJ passará a repercutir (i) nos recursos especiais sobrestados na origem – que deverão ter seu seguimento negado, caso o acórdão recorrido coincida com a orientação do STJ, ou, se contrariada a orientação, deverão ser encaminhados ao órgão que proferiu o acórdão para novo julgamento –; e (ii) nos processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição, que retomarão o seu curso para julgamento e aplicação da tese firmada (art. 1.040, I, II e III, do CPC)⁸⁹.

⁸⁹ Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

Cabe observar que a lei faculta à parte do processo suspenso no juízo de primeiro grau desistir da ação em curso, independentemente de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso repetitivo, ficando isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência, se o fizer antes de oferecida contestação (art. 1.040, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC)⁹⁰.

Caso mantido o acórdão divergente pelo Tribunal de origem, o recurso especial será remetido ao STJ (art. 1.041, do CPC).

Nos recursos especiais fundados em idêntica questão de direito, mantidos no STJ após a afetação (suspensos ou não), o acórdão proferido no julgamento do recurso paradigma repercutirá da seguinte forma: (i) se já distribuídos, serão julgados pelo relator, observada a tese firmada; (ii) se ainda não distribuídos, serão julgados pelo Presidente do Tribunal (art. 256-R, I, II e III, e parágrafo único, do RISTJ⁹¹).

Em todos os casos, após o exame ou reexame da matéria afetada, se o processo ou o recurso versar sobre outras questões e estas não ficarem prejudicadas pelo julgamento

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

[...] (CPC/2015).

⁹⁰ Art. 1.040. [...]

§ 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação (CPC/2015).

⁹¹ “Art. 256-R. O acórdão proferido no julgamento do recurso especial repetitivo gerará as seguintes consequências nos demais recursos especiais fundados em idêntica questão de direito: (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

I - se já distribuídos e não devolvidos à origem por trazerem outras questões além da afetada, serão julgados pelo relator, observada a tese firmada no julgamento de mérito do respectivo tema; (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

II - se ainda não distribuídos e não devolvidos à origem, serão julgados pelo Presidente do STJ; (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

III - se suspensos nas instâncias de origem, aplicam-se os arts. 1.040 e 1.041 do Código de Processo Civil. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

Parágrafo único. O disposto no inciso III aplica-se a todos os processos que tratem de idêntica questão de direito, mesmo que não tenham sido objeto de suspensão. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)” (RISTJ).

da matéria repetitiva, deverá o processo ou o recurso seguir o seu curso normal quanto às demais questões, independentemente de ratificação pela parte interessada.

Cabe lembrar que a orientação firmada no recurso especial repetitivo deverá ser observada não apenas nos processos suspensos, mas em todos os processos, atuais e futuros, que tratem da questão, conforme a exegese do art. 927, III, do CPC.

Quanto ao ponto, Hermes Zaneti Jr. reconhece duas eficácias analiticamente distintas na decisão dos casos repetitivos, a eficácia de ‘decisão’ dos casos atuais e a eficácia de ‘precedente’ para os casos futuros. Segundo o autor, “a decisão que fixa a tese jurídica aplica-se a todos os processos em tramitação atingidos pelo sobrestamento, sendo essa eficácia vinculante decorrente da técnica de litígios agregados (eficácia da decisão)”, repercutindo nos processos em tramitação (casos atuais). Por sua vez, outra é a eficácia vinculante da tese jurídica fixada como precedente (eficácia do precedente), aplicável a todos os casos que vierem a ser propostos (casos futuros) (ZANETI JR., 2015, p. 272-273).

Seja qual for o cenário (processos presentes ou futuros), o fundamental para que a aplicação do padrão decisório vinculante a um caso subsequente configure um julgamento fundado em precedente é que esse julgamento não se limite à subsunção do novo caso a uma norma geral abstrata, enunciada na forma de ‘tese’.

A tese delimitada no julgamento do tema repetitivo, como observado no tópico anterior, por mais específica e detalhada que seja, representa apenas uma síntese do julgamento apta a conferir maior visibilidade à decisão tomada e a orientar os juízes dos casos sucessivos. Lembrando dos ensinamentos de MacCormick, as generalizações, ainda que úteis para fornecer uma orientação, não bastam para justificar a decisão, pois as particularidades do problema devem ser sempre tomadas em consideração para se fazer a escolha da solução mais adequada (MACCORMICK, 2008, p. 103).

O magistrado, ao se deparar com uma tese que aparente ser adequada para a solução da questão sob exame, deve procurar o elemento vinculativo da decisão proferida no julgamento do recurso especial repetitivo, considerado à luz dos fatos materiais da causa piloto, buscando diferenciar o que é *ratio decidendi* do que é *obiter dictum* e, uma vez identificados esses elementos, fazer uma comparação entre os casos.

Câmara assevera que “É preciso fazer um exame do inteiro teor do precedente para se poder verificar se as circunstâncias que lá estavam presentes se manifestam,

também, no caso a ser posteriormente julgado. Não fazer isto é trabalhar equivocadamente com os padrões decisórios (sejam eles vinculantes ou argumentativos) ou, mais propriamente, não fazer isso é não trabalhar com padrões decisórios”. (CÂMARA, 2017, p. 281).

Feito isso, vale a regra do *stare decisis*. O juiz não pode mais simplesmente se afastar do padrão decisório estabelecido pelo Tribunal Superior, amparado no princípio da independência do juiz. Na nova sistemática perfilhada, diante do caráter vinculante conferido ao recurso especial repetitivo, pelo art. 927, III, do CPC, o magistrado está obrigado a observar o entendimento do STJ, identificando seus fundamentos determinantes e demonstrando que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, ou a justificar as razões pelas quais entende que a solução adotada pelo Tribunal de Vértice não é a adequada para a solução do caso concreto, diante de suas particularidades, podendo assim dar uma solução distinta ao caso que apesentar fatos materiais diferentes, realizando o *distinguishing* (art. 489, § 1º, V e VI, primeira parte, do CPC⁹²).

Conforme leciona MacCormick, “Uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração” (MACCORMICK, 2008, p. 191).

Assim, cumpre lembrar que MacCormick defende que a ideia de *defeasibility* (reversibilidade) se aplica à própria argumentação jurídica e afeta a questão da universalizabilidade das decisões jurídicas, fazendo com que, eventualmente, possam surgir algumas circunstâncias que exijam uma reformulação do precedente ou uma nova e talvez radical exceção (MACCORMICK, 2008, p. 327-328). A estabilidade do entendimento é fundamental, mas as relações sociais estão sempre sujeitas a alteração e o direito deve conter alguma dinamicidade.

Nesses casos, a carga argumentativa imposta ao juiz certamente será bem maior (art. 489, § 1º, VI, parte final, do CPC), sendo que, pela sistemática adotada, o precedente

⁹² “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...]" (CPC).

estabelecido no recurso repetitivo somente será efetivamente superado se o caso em questão, chegando ao Tribunal Superior, ensejar uma revisão do entendimento, nos termos previstos nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 927 do CPC, sendo exigida fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção, da confiança e da isonomia, podendo, inclusive, se a mudança de entendimento puder afetar a estabilidade das relações jurídicas estabelecidas, haver alteração na eficácia temporal da superação, por meio da modulação.

O Regimento Interno do STJ prevê a possibilidade de superação do entendimento “consolidado em enunciado de tema repetitivo”, em duas circunstâncias: (i) por simples proposta de Ministro integrante do respectivo órgão julgador ou de representante do Ministério Público Federal que officie perante a Corte (art. 256-S, do RISTJ⁹³); ou (ii) por proposta pelo Presidente do órgão julgador, para adequação ao entendimento do STF firmado em repercussão geral, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, em enunciado de súmula vinculante ou em incidente de assunção de competência (art. 256-V, do RISTJ⁹⁴). Nos dois casos a revisão deverá ocorrer nos próprios autos do processo julgado pelo rito dos recursos repetitivos, se ainda em trâmite, ou em questão de ordem, independentemente de processo a ela vinculado.

Ou seja, de acordo com o preceito regimental, estão legitimados para propor a revisão apenas Ministros da própria Corte e o órgão do Ministério Público Federal, sendo

⁹³ “Art. 256-S. É cabível a revisão de entendimento consolidado em enunciado de tema repetitivo, por proposta de Ministro integrante do respectivo órgão julgador ou de representante do Ministério Público Federal que officie perante o Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

§ 1º A revisão ocorrerá nos próprios autos do processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos, caso ainda esteja em tramitação, ou será objeto de questão de ordem, independentemente de processo a ela vinculado. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

§ 2º A revisão de entendimento terá como relator o Ministro integrante do órgão julgador que a propôs ou o seu Presidente nos casos de proposta formulada pelo representante do Ministério Público Federal. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

§ 3º O acórdão proferido na questão de ordem será inserido, como peça eletrônica complementar, no(s) processo(s) relacionado(s) ao enunciado de tema repetitivo. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)” (RISTJ).

⁹⁴ Art. 256-V. O Presidente do órgão julgador poderá propor, em questão de ordem, a revisão de entendimento consolidado em enunciado de tema repetitivo para adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, em enunciado de súmula vinculante e em incidente de assunção de competência. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

§ 1º A revisão ocorrerá nos próprios autos do recurso julgado sob o rito dos repetitivos, caso ainda esteja em tramitação, ou será objeto de questão de ordem, independentemente de processo a ela vinculado. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

§ 2º O acórdão proferido na questão de ordem será inserido, como peça eletrônica complementar, no(s) processo(s) relacionado(s) ao tema repetitivo. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)” (RISTJ).

que a revisão da tese deve se dar ou nos autos em que estabelecido o entendimento originário, ou em questão de ordem não vinculada a um caso concreto.

A contribuição que se pretende prestar no presente trabalho diz respeito tão somente à formação do precedente no recurso especial repetitivo. Destarte, o limite desta investigação não permite a realização de um estudo aprofundado sobre como deve se dar a superação do padrão decisório vinculante. Ainda assim, cabe observar que, se consideradas como exaustivas as hipóteses de superação previstas no Regimento Interno do STJ, os dispositivos em questão se afiguram incompatíveis com a possibilidade de o juiz do caso concreto subsequente viabilizar a subida de um novo recurso, demonstrando a necessidade de superação do entendimento, como previsto na parte final do inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC, antes mencionado, para que a questão seja novamente encaminhada à Corte superior sob essa nova perspectiva, levando, ou não, a uma nova afetação do tema para fins de revisão. Além disso, o novo entendimento, caso estabelecido em questão de ordem não vinculada a um caso concreto, não poderá ser considerado à luz dos fatos fundamentais da causa piloto, circunstância que inviabilizaria sua caracterização como precedente judicial, nos termos aqui defendidos, uma vez que a norma do precedente não pode se desprender dos fatos materiais que lhe deram causa.

Cabe observar que, conquanto o CPC não trate expressamente de fatos materiais, quando dispõe sobre a fundamentação do acórdão do recurso repetitivo ou sobre a aplicação do entendimento firmado, ao elencar as possibilidades de rescisão da decisão de mérito transitada em julgado, aponta como uma das hipóteses de cabimento de ação rescisória, a manifesta violação de ‘norma jurídica’, quando a decisão baseada em acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos não tiver considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento, dispondo que, nesse caso, caberá ao autor demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por ‘hipótese fática distinta’ ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica (art. 966, V, e §§ 5º e 6º)⁹⁵.

⁹⁵ “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

V - violar manifestamente norma jurídica;

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do *caput* deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta

Esse dispositivo deixa claro que houve a intenção do legislador de estabelecer uma ‘norma’ jurídica universalizável no padrão decisório vinculante e que a aplicação desse padrão deve se dar a partir da analogia de ‘fatos’, conceitos claramente inspirados nos sistemas de precedentes provenientes da tradição da *common law*.

Assim, quanto à questão norteadora desta pesquisa, levando-se em conta todos os aspectos abordados, é possível concluir que, de acordo com o sistema clássico de precedentes, os padrões decisórios formalmente vinculantes estabelecidos nos recursos especiais repetitivos não são propriamente precedentes judiciais.

Mas esse novo modelo não perde a sua razão de ser, e pode se aproximar da doutrina que o inspirou, conferindo maior coerência ao sistema, se os Tribunais conseguirem se desprender da dogmática tradicional e passarem a adotar uma abordagem lógico-argumentativa para formar esses padrões decisórios.

O julgamento fundado em precedentes é uma atividade complexa, fundada em conceitos e técnicas específicas, que apresentam diferenças substanciais da simples utilização da jurisprudência como meio de fundamentar decisões judiciais ou da subsunção do caso concreto a enunciados abstratos. Nessa ordem de ideias, para a efetiva adoção de um sistema de precedentes judiciais no Brasil é necessária a consolidação de uma teoria de precedentes própria, cientificamente fundamentada.

Vale recordar que, para MacCormick, um sistema jurídico que adote um sistema de precedentes requer uma doutrina sobre o modo de conceber e usar os precedentes como fontes argumentativas, sendo que essa doutrina deve indicar os elementos do precedente que devem ser considerados vinculantes ou persuasivos. Na teoria desenvolvida pelo jusfilósofo escocês, a racionalidade desse sistema depende da universabilidade da norma estabelecida no precedente, sendo que essa proposição normativa deve ser extraída dos fatos relevantes da causa (MACCORMICK, 2008, p. 116-121 e 193).

Nada obstante, se por um lado, o estabelecimento de padrões decisórios formalmente vinculantes pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos recursos especiais repetitivos, não cria necessariamente um precedente judicial, nos termos estudados, por outro lado, a legislação que rege essa técnica de julgamento por amostragem para demandas repetitivas, à qual o legislador optou por conferir caráter

ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)” (CPC/2015).

formalmente vinculante, não impede a efetiva criação de um precedente, se forem observados os rígidos critérios da doutrina aqui estudada.

Assim, é possível que o julgamento de um caso concreto proferido sob esse rito atenda aos requisitos abordados, mas, para tanto, é necessário que: (i) a formação do padrão decisório vinculante seja antecedida de um amplo debate, qualificado pela pluralidade de argumentos democraticamente apresentados; (ii) a decisão tomada seja adequadamente fundamentada, deixando claras as premissas consideradas, inclusive as fáticas, de forma a possibilitar a extração de uma *ratio decidendi*, a partir dos fatos materiais da causa, que possa a servir como fonte argumentativa para os casos subsequentes; (iii) a aplicação do entendimento firmado se dê pelo cotejo entre fatos fundamentais do caso piloto e do caso presente, adotando as conclusões da Corte Superior, se verificada a identidade de fundamentos determinantes, ou justificando as razões pelas quais deve ser adotada uma solução distinta, diante das particularidades do caso em exame; e (iv) a possibilidade de superação do entendimento firmado fique restrita à hipótese de uma nova, excepcional e fundamentada análise da matéria também baseada em fatos.

Se efetivamente respeitadas cada uma dessas etapas, com a observância dos entendimentos doutrinários desenvolvidos, entendemos que é possível extrair uma norma jurídica universalizável, ou seja, um precedente judicial vinculante propriamente dito de um julgamento realizado pelo rito dos recursos especiais repetitivos, propiciando, assim, uma maior convergência interpretativa da legislação federal nos Tribunais.

Nesse contexto, é possível atingir não só o objetivo imediato de conferir maior celeridade ao trâmite processual, reduzindo o número de processos nos tribunais, mas também o escopo principal da norma de se assegurar maior racionalidade e coerência ao sistema brasileiro, prestigiando a segurança jurídica, a previsibilidade, a isonomia e a efetividade do processo.

CONCLUSÃO

Neil MacCormick, ao introduzir o oitavo capítulo da obra “Retórica e o Estado de Direito”, no qual trata do julgamento “usando precedentes”, observou que:

Em algumas tradições jurídicas, precedentes são reconhecidos apenas como indicadores da melhor maneira de interpretar o Direito codificado ou legislado. Essa visão depende de um entendimento estrito da separação de poderes como elemento que sustenta o Estado de Direito. Como juízes não são legisladores, suas decisões não podem ser aceitas como algo mais do que o Direito produzido pelo legislador. Em outros sistemas e tradições, outra visão prevalece. Precedentes são reconhecidos como uma fonte a partir da qual deriva um certo tipo de Direito, o Direito jurisprudencial (*case-law*). Nos tempos recentes, pelo menos, é preciso alertar que, mesmo nos países do *common law*, Direito jurisprudencial puro é relativamente raro. Muito do Direito jurisprudencial agora toma a forma de interpretações explicativas (glosses) da lei (MACCORMICK, 2008, p. 192).

Na presente dissertação, buscamos transportar para o Direito Processual Civil brasileiro a teoria clássica dos precedentes judiciais, adotando como referencial teórico as lições de Neil MacCormick, de forma a permitir uma análise específica dos padrões decisórios vinculantes formados no julgamento dos recursos especiais repetitivos, no intuito de descobrir em que medida essas decisões podem assumir a feição de efetivos precedentes, tais como compreendidos nos sistemas jurídicos da *common law*, cientes de que, como observou MacCormick, o direito fundado em precedentes na sua forma pura é difícil de ser encontrado, nos tempos atuais, mesmo nos países dessa tradição.

Um breve apanhado da evolução histórica dos dois principais modelos jurídicos desenvolvidos no mundo ocidental – os sistemas da família romano-germânica, fundamentados na aplicação estrita da norma positivada, e os sistemas da *common law*, caracterizados por ter os precedentes como sua principal fonte de direito –, possibilitou perceber que esses modelos vêm se aproximando, diante da importância que cada uma dessas fontes vem adquirindo nos sistemas que não tinham por tradição sua observância.

Essa aproximação, quanto ao processo de transformação da *civil law* por meio da adoção de institutos próprios da *common law*, teve como marco inicial o movimento de constitucionalização do direito, período a partir do qual se passou a conferir aos juízes da *civil law* a possibilidade de interpretar as normas legais sob a ótica dos princípios e

garantias previstos na Lei fundamental, através do controle de constitucionalidade, fazendo com que a atividade judicial deixasse de ficar adstrita à aplicação literal da Lei.

A partir dessa ruptura de paradigma, o principal instituto da *common law* – o precedente judicial – passou a ganhar importância nos países da *civil law*, especialmente no Brasil. Nesse cenário, buscou-se compreender como esse instituto vem sendo adaptado ao Direito brasileiro, tendo sido eleito como referencial teórico para a investigação, após a constatação de expressiva divergência doutrinária a respeito da definição de precedentes, a concepção pós-positivista professada por Neil MacCormick.

Passou-se assim a uma abordagem dos principais conceitos da Teoria Institucional do Direito defendida pelo jusfilósofo escocês, com destaque para a visão relativamente estrita ou formalista da teoria dos precedentes que adota, segundo a qual as decisões sólidas e justificáveis de uma disputa jurídica precisam estar baseadas numa regra firme e determinada, entendida como *ratio decidendi* da decisão.

Em seguida, foi feito um exame histórico e crítico do chamado “sistema de precedentes” brasileiro, a partir de uma reflexão de como foi se dando a progressiva incorporação dos conceitos e institutos próprios da *common law* nos preceitos constitucionais e nas normas processuais, até a efetiva inserção dos padrões decisórios vinculantes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Para permitir a investigação sobre a natureza dessas normas buscou-se nelas identificar os institutos fundamentais do sistema de precedentes da *common law* (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*), o que levou à conclusão de que o Brasil não tem propriamente um “sistema de precedentes”, mas que alguns desses padrões decisórios vinculantes possuem características mais próximas àquelas da tradição jurídica que os inspirou do que outros, motivo pelo qual, diante de suas peculiaridades, o recurso especial repetitivo foi escolhido como o representante desse novo sistema para o estudo proposto.

Procedeu-se em seguida à análise específica da formação dos ‘precedentes’ nos recursos especiais repetitivos, buscando inicialmente identificar os motivos levaram à criação dessa nova técnica de julgamento por amostragem e o escopo desse instituto, além de fazer uma breve análise dos efeitos práticos atingidos após o primeiro momento de sua implementação, para, finalmente, examinar as etapas e os procedimentos envolvidos na formação desses padrões decisórios, sob a ótica da doutrina adotada.

Após o exame de cada uma das etapas da formação do padrão decisório vinculante no recurso especial repetitivo (afetação e instrução do recurso representativo da controvérsia, julgamento do recurso repetitivo e aplicação do entendimento firmado nos processos sucessivos), chegou-se à conclusão de que esses padrões decisórios não podem ser classificados como precedentes judiciais propriamente ditos, de acordo com a doutrina adotada, o que, no entanto, não retira a razão de ser do novo instituto, que, se adotado a partir de uma abordagem lógico-argumentativa pode se aproximar da doutrina que o inspirou, conferindo maior racionalidade e coerência ao sistema processual brasileiro.

Nada obstante, reconhecemos que, eventualmente, é possível se extrair uma norma jurídica universalizável, ou seja, um precedente judicial vinculante propriamente dito, no julgamento de um caso concreto realizado pelo rito estudado, desde que sejam observados os entendimentos doutrinários desenvolvidos e que, na formação do padrão decisório vinculante, se observe: (i) o prévio e amplo debate da questão, qualificado pela pluralidade de argumentos democraticamente apresentados; (ii) a adequada fundamentação da decisão, com a identificação das premissas consideradas, inclusive as fáticas, de forma a possibilitar a extração de uma *ratio decidendi*, a partir dos fatos materiais da causa, a qual sirva como fonte argumentativa para os casos subsequentes; (iii) a realização de um cotejo entre os fatos fundamentais do caso piloto e do caso subsequente, para a aplicação do entendimento do STJ, quando verificada a identidade de fundamentos determinantes, ou para justificação da adoção de uma solução diversa, quando as particularidades do caso impuserem tal distinção; e (iv) a necessidade de uma nova, excepcional e fundamentada análise da matéria, também baseada em fatos, para a superação do entendimento firmado.

Levando em conta todos os aspectos observados, reconhecemos ser possível atingir não só o objetivo imediato pretendido com a criação do microsistema de recursos especiais repetitivos, de conferir maior celeridade ao trâmite processual, reduzindo o número de processos nos tribunais, mas também o escopo principal da implementação dessa nova sistemática, de se conferir maior racionalidade e coerência ao sistema brasileiro, prestigiando a segurança jurídica, a previsibilidade, a isonomia e a efetividade do processo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores - Precedentes no Direito Brasileiro**, 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F112806871%2Fv6.2&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e3500001747e9e30224054627e#sl=p&eid=67d1a9eacff07291507de936f39abba1&eat=a-212678957&pg=II&psl=&nvgS=false>. Acesso em 19/7/2021.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Os recursos especiais repetitivos no STJ: um breve balanço do primeiro ano de aplicação do art. 543-C do CPC**. Revista da AGU, Brasília, DF, v. 8, n. 22, p. 51-66, out./dez. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37005>. Acesso em: 21/10/2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. **Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa?** Revista de Processo Comparado, vol. 10/2019, p. 17 – 53, Jul.–Dez., 2019 DTR\2019\42361.

ATINENZA, Manuel. **As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003.

ATINENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução: Manuel Poirer Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOZA, Estefânia de Queiroz; PUGLIESE, William Soares. **O stare decisis como técnica de redução da litigiosidade dos entes públicos no Brasil**. In.: Direito Comparado: Diálogos de Direito Constitucional e Administrativo entre Brasil e Itália. Organização: Estefânia Barboza, Angela Cassia Costaldello e Melina Fachin. Ed. Instituto Memória, 2018 (p. 408-438).

BARROS, Humberto Gomes de. **Discurso do Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros por ocasião de sua posse no cargo de Presidente do Superior Tribunal de Justiça**. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 2008. https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16933/Discurso_Posse_Gomes%20de%20Barros.pdf. Acesso em: 20/10/2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019. <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580286>. Acesso em: 16/9/2021.

BENETI, Sidnei Agostinho. **A reforma do Código de Processo Civil e os recursos para os tribunais superiores**. Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 190, t.2, p. 243-250, abr./jun. 2011. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/114015>, acessado em 27/9/2021.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Doutrina de precedentes e organização judiciária.** Revista de Direito Administrativo, São Paulo, v. 246, p. 319- 340 set./dez. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/17006>, acessado em 20/11/2021.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Reformas de descongestionamento dos tribunais.** In: BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (Org.). Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha: teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 507-522. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27617>. Acesso em: 28/9/2021.

BONAT, Debora; HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. **Racionalidade no direito: inteligência artificial e precedentes.** Curitiba: Alteridade, 2020.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.** Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 18/10/2021.

BRASIL. **Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça.** Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>. Acesso em: 31/10/2021.

BRASIL. **Mensagem n. 341/2007.** PL 1213/2007. 2007. Tarso Genro. Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=555963&filename=MSC+341/2007+%3D%3E+PL+1213/2007. Acesso em: 20/10/2021.

BRASIL. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.** Superior Tribunal de Justiça. Atualizado até a Emenda Regimental n. 40 de 29/10/2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Acesso em: 31/10/2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick.** Revista Brasileira de Estudos Políticos. n. 106, jan./jun. 2013, p. 263-313. Belo Horizonte: 2013.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula.** São Paulo: Atlas, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte de direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos**: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DIDIER Jr. Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Printing House, 2008.

GOODHART, Arthur L. **Determining the ratio decidendi of a case**. Yale Law Journal. Vol. XL, No. 2. Dec., 1930.

LENZA, Pedro. **Reclamação constitucional**: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>. Acesso em: 16/10/2021.

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

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents**: A comparative Study. Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 49, dez. 2009. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 4ª Edição em e-book, baseada na 4ª ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F100864097%2Fv4.10&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e3500001747e9e30224054627e#sl=0&eid=f05facfe399cfc072fdef525a8c7ed51&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - V. 1 teoria do processo civil**. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F173944303%2Fv3.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000001747e9e30224054627e#sl=0&eid=67a2f8471c5785f1c356fc9c825a3a02&eat=%5Bereid%3D%2267a2f8471c5785f1c356fc9c825a3a02%22%5D&pg=1&psl=p&nvgS=false>.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão Dos Precedentes No Direito Brasileiro**. Revista da AGU, vol. 15, no. 03, 2016. <https://doi.org/10.25109/2525-328x.v.15.n.03.2016.854>.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2ª Edição em E-book, baseada na 3ª Ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F101686396%2Fv3.5&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000001747e9e30224054627e#sl=0&eid=d989cf834eef2c8b2439a9e9a8033c5c&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da Persuasão à Vinculação**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F111026212%2Fv3.6&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000001747e9e30224054627e#sl=0&eid=c1769e0c5f33270f543b932a892e7fd4&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 2ª ed. e-book, baseada na 16ª ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F113133203%2Fv16.5&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e35000001747e9e30224054627e#sl=0&eid=f64515328e0fe847360a7ea1cacf61c7&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>.

PAULA, Tatiana. **Superação do precedente judicial: uma análise à luz do contraditório**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Dez anos de recursos repetitivos no STJ. BRASIL**. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa: 30 anos do STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019. p. p. 761-774. <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/149080>. Acesso em: 17/10/2021.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, v. 39, n. 3, feb. 1987 (p. 571-605). Disponível em: < <https://www.jstor.org/stable/1228760> >. Acesso em: 13/10/2021.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. **“O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?”. Revista Consultor Jurídico**, 18 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em 15/9/2021.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo. Vol. 199. Setembro 2011.

TALAMINI, Eduardo. **Amicus curiae no CPC/15**. Migalhas, 1/3/2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/234923/amicus-curiae-no-cpc-15>. Acesso em: 30/10/2021.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: A mutação no ônus argumentativo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Os recursos especiais repetitivos no contexto do novo Processo Civil brasileiro**. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 6, n. 1, 2020, p. 1.135-1.151. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_1135_1152.pdf. Acesso em: 25/10/2021.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito: civil law e common law**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª Edição em e-book baseada na 2ª edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F101497668%2Fv2.7&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e3500001747e9e30224054627e#sl=0&eid=649b6fc38758d182a68e7d12a7fa3aac&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>.

ZANETI JR., Hermes. **Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015**. Comentários ao art. 928. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 421, p. 269-276, jan.-jun. 2015.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3ª. ed. Salvador: JusPodium, 2017.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. D.O. de 17/1/1973, p. 1.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. D.O.U. de 17/3/2015, p. 1.

JULGADOS E SÚMULAS CITADOS:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfR no REsp n. 1.684.994/MT**, Segunda Seção. Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 5/12/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 973.827/RS**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe de 24/9/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.312.736/RS**. Segunda Seção. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe de 18/8/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.656.322/SC**. Terceira Seção. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 4/11/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.665.033/SC**. Terceira Seção. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 4/11/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.913.811/SP**. Decisão monocrática do Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe de 7/6/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.899.801/PB**. Decisão monocrática do Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 24/3/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 5**. Corte Especial, julgado em 10/5/1990, DJ 21/5/1990, p. 4407.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 7**. Corte Especial, julgado em 28/6/1990, DJ 3/7/1990, p. 6478.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 83**. Corte Especial, julgado em 18/06/1993, DJ 2/7/1993, p. 13283.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 211**. Corte Especial, julgado em 1/7/1998, DJ 3/8/1998, p. 366.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 541**. Segunda Seção, julgado em 10/6/2015, DJe de 15/6/2015.